Der Begriff Unwirksamkeit

im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Dissertation

der

Hohen Juristenfakultät der Großherzoglich Mecklenburgischen Landesuniversität Rostock

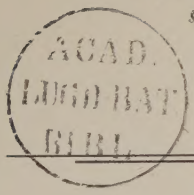
zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Kurt Oettinger,

Kammergerichtsreferendar.



Berlin 1904.

Druck von Rosenthal & Co.

Der Begriff Unwirksamkeit

im

Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Der Ursprung des Begriffs 7

II. Allgemeine Unwirksamkeit 10

1. Der Begriff ‚allgemeine' Unwirksamkeit . . . 11

A) Nichtigkeit 12

B) Anfechtbarkeit 16

2. Fälle der allgemeinen Unwirksamkeit 18

III. Eigentliche Unwirksamkeit 22

1. Ihr Begriff im Allgemeinen 22

2. Die Unterarten des Begriffes eigentliche Unwirksamkeit 26

A) Das Eingreifen der Rechtsordnung als Wirksamkeitshindernis 26

B) Eingriffe der Parteien als Wirksamkeitshinderniſſe 34

C) Eingriffe Dritter als Wirksamkeitshinderniſſe . . 39

D) Zustände als Wirksamkeitshinderniſſe 43

IV. Folgerungen und Forderungen 45

Verzeichnis der Anmerkungen 47

Literatur-Verzeichnis 74

Vorbemerkungen:

1. Die Anmerkungen sind der Reihe nach dem Texte nachgefügt worden, unter jedesmaliger Verweisung und Angabe der Seitenzahl ihres Ortes.

2. § 817 I = § 817 Abs. 1, § 790 1 = § 790 Satz 1, § 273 III, 2 = § 273 Abs. 3, Satz 2.

I.

Der Ursprung des Begriffes.

»Unwirksamkeit« ist ein Ausdruck, den das B. G. B. neu in die Sprache der Gesetze einführt.

Zwar war der Ausdruck Unwirksamkeit bereits der gemeinrechtlichen Wissenschaft bekannt, aber ohne daß dieser Ausdruck einem bestimmten Begriffsinhalt zum Gefäß gedient hätte. Vielmehr fand er sich nur als einer der vielen vorkommenden Ausdrücke, wie mangelhaft, fehlerhaft, ungültig u. s. w., ohne sich gegen einen von ihnen schärfer abzugrenzen.

Der Grund ist darin zu finden, daß die Quellen des gemeinen Rechts weder einen Ausdruck, noch überhaupt einen entsprechenden derartigen Begriff kannten, sondern das man in Anpassung an die Bedürfnisse moderner Rechtswissenschaft beides vermittelst einer Konstruktion zu schaffen gezwungen war, in welche man, durch die Enge der Quellen behindert, hineinzwängen mußte, was nicht darin Platz hatte, so gut und so schlecht es eben ging.

Daß dem römischen Rechte seinerseits die Unwirksamkeit als Begriff fremd war, ist bei dessen vorwiegend kasuistischer Gestaltung nicht verwunderlich. 1) S. 47 Denn jeder Begriff bedarf, um geboren und fortentwickelt zu werden, eines gewissen Substrats, gleichwie die Farbe des Körpers bedarf. Ein solches Substrat aber fehlte dem römischen Rechte vollständig. Erst mit dessen Schöpfung durch das neuere Recht konnte auch der an diesem aufgewachsene Begriff erstehen.

Das B. G. B. führt, wie erwähnt, den Ausdruck Unwirksamkeit in die Gesetzessprache ein. Ihn erklären die Motive (I, 26) dahin, „daß der Ausdruck Unwirksamkeit . . . seinem Wortverstande gemäß zur allgemeinen Bezeichnung des Falles" gebraucht wird, „in welchem das Rechtsgeschäft ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen ist." Der Ausdruck Unwirksamkeit wird demnach von den Motiven zur Bezeichnung einer Beschaffenheit des Rechtsgeschäfts gebraucht. Das Rechtsgeschäft also stellt das nötige Substrat für den Begriff Unwirksamkeit dar.

Nicht in Übereinstimmung mit dem Entwurf I ist nach dem B. G. B. ein Rechtsgeschäft eine private Willensäußerung, 2) S. 47 gerichtet auf Schaffung eines Rechtsverhältnisses, welches von der Rechtsordnung deswegen verwirklicht wird, weil es gewollt ist, „oder weil es von ihr als gewollt fingiert wird." 3) S. 47.

In der Tat war das Rechtsgeschäft dem römischen Rechte als Begriff völlig fremd. 4) S. 95 Und auch heute ist der Umfang desselben durchaus noch nicht unbestritten festgestellt. 5) S. 48 Besonders die Grenzen zwischen den eigentlichen Rechtsgeschäften (i. e. S.) und den sogenannten Rechtshandlungen sind bis jetzt noch nicht in allgemein anerkannten Umrissen bestimmt worden. Aber so bedeutungsvoll der Zusammenhang dieser beiden Begriffe für die Aufstellung des Begriffes Unwirksamkeit ist, so wenig kommt es für dessen Bestimmung auf die Abgrenzung des Gebietes an, welches die Rechtsgeschäfte umfassen. „Man wird bei dem Streit über den Begriff des Rechtsgeschäfts nicht vergessen dürfen, daß dieser Begriff ein rechtswissenschaftlicher Begriff ist, den die Rechtswissenschaft zu ihren Zwecken aufstellt, und daß daher jeder, der an der rechtswissenschaftlichen Arbeit teil nimmt, befugt ist, diesen Begriff zu gestalten, wie er es für zweckmäßig hält, vorausgesetzt, daß er in der Bezeichnung der zusammengefaßten Denkelemente mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft nicht sprachwidrig 6) S. 50 wird." 7) S. 50 Da überdies die einschlägigen Vorschriften für Rechtsgeschäfte teils ausdrücklich im B. G. B. auf Rechtshandlungen

für anwendbar 8) S. 50 erklärt sind, teils, wo dies aus dem Einzelfall sich als notwendig ergibt, ohne ausdrückliche Vorschrift auf dem Wege der Auslegung zu analoger Anwendung herangezogen werden müssen, so erübrigt es sich m. E. für die Zwecke dieser Untersuchung, jene Frage zu entscheiden. Auch kann doch da, wo die Regeln über Unwirksamkeit auf Rechtshandlungen, sei es infolge analoger Ausdehnung, sei es infolge ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, Anwendung finden, der Begriff Unwirksamkeit deshalb keinesfalls ein anderer werden.

II.

Allgemeine Unwirksamkeit.

Mit dem Ausdruck Unwirksamkeit wird nach den Motiven der Fall des Nichteintritts der beabsichtigten rechtsgeschäftlichen Wirkungen bezeichnet. Obwohl, wie die Motive, so auch das Gesetzbuch selbst, grundsätzlich und mit Recht von dem Standpunkt der Willenslehre ausgeht, so erscheinen doch die oben erwähnten Ausnahmen von diesem Grundsatz erheblich genug, um richtiger Unwirksamkeit als den Fall des Nichteintritts der „dem Inhalt des Rechtsgeschäfts entsprechenden Wirkungen, (der sogenannten Geschäftswirkungen" 9) S. 51) zu bestimmen. Damit ist natürlich noch nicht gesagt, daß ein Rechtsgeschäft, dem jene Geschäftswirkungen mangeln, deshalb völlig wirkungslos sei. Haftung auf Schadenersatz in den verschiedensten Umfängen, Kosten der einzelnen Bestandteile des unwirksamen Rechtsgeschäfts u. s. w., können im Gefolge des unwirksamen Rechtsgeschäfts erscheinen. Aber hier hat man es nur mit mittelbaren Wirkungen des Rechtsgeschäfts zu tun, welche nicht zu den Geschäftswirkungen gehören, sondern teils auf culpa in contrahendo beruhen, teils deliktische Natur haben, teils sogenannte Reflexwirkungen des Rechtsgeschäftes sind.

Nach den Motiven bedeutet Unwirksamkeit den Fall des Nichteintritts der Geschäftswirkungen „im Allgemeinen", ohne den Grund dafür auch nur anzudeuten, und ferner, ohne damit zu sagen, in welcher Weise sie sich geltend macht. „Hiernach kann man die Unwirksamkeit als Gattungsbegriff fassen" 10) S. 51, der in sich

als Unterarten eine Reihe von Einzelbegriffen birgt. Welcher von diesen in jedem Einzelfalle anzuwenden ist, ist eine Frage der Auslegung. Die einzelnen Unterbegriffe, die man in jenem Sammelbegriffe vereinigt, werden nach ihrem Wesen und nach ihrer Stellung zueinander zunächst betrachtet werden.

Daneben aber kommt im Gesetzbuch noch ein anderer Begriff Unwirksamkeit vor, der in sich einheitlich und scharf umrissen ist, und der neben den übrigen Unterbegriffen der allgemeinen Unwirksamkeit in dieser seinen Platz findet. Dieser Begriff bleibt in Abschnitt III zu erörtern.

1. Der Begriff ‚allgemeine' Unwirksamkeit.

Die übliche Einteilung der Fälle der allgemeinen Unwirksamkeit (auch „Unwirksamkeit i. w. S." genannt) unterscheidet die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit einerseits, vielfach mit dem Oberbegriff Ungültigkeit [11] S. 51 zusammengefaßt, und andererseits die Fälle der eben erwähnten Unwirksamkeit im engeren Sinne. [12] S. 51 Daß letztere Unwirksamkeit ist, ist niemals zweifelhaft gewesen, wohl aber ist die Stellung der Ungültigkeitsfälle innerhalb des allgemeinen Unwirksamkeitsbegriffs vielfach bestritten. Diese sind daher zunächst einer Besprechung zu unterziehen.

Ungültigkeit ist nicht gleich Unwirksamkeit. Aber wie die Motive (I 216) richtig bemerken, ist Ungültigkeit auch nicht als ein Gegensatz zur Unwirksamkeit aufzufassen. Unwirksam ist, wie S. 10 ausgeführt ist, ein Rechtsgeschäft, welches ohne die Geschäftswirkungen ist. Der Grund dieses Mangels ist im Begriffe nicht enthalten. Ungültig dagegen ist ein Geschäft, welches rechtlich nicht gilt, und dem deshalb von der Rechtsordnung u. a. auch die Wirksamkeit versagt wird, das also auch unwirksam ist. [13] S. 51 Die Ungültigkeit hebt also einen Teil der unwirksamen Rechtsgeschäfte heraus und betrachtet sie gesondert unter dem Gesichtspunkte des Grundes ihrer Unwirksamkeit: Unwirksam sind sie, weil sie ungültig sind. Der Grund ihrer Ungültigkeit dagegen ist

weder aus dem Ausdruck Ungültigkeit ersichtlich, noch dem Begriff derselben zu entnehmen. Der Ausdruck selbst wird im Gesetzbuch vermieden, der Begriff aber ist vorhanden. 14) S. 51 Denn wenn das Gesetzbuch einen Teil der Rechtsgeschäfte als gültig bezeichnet, 15) S. 51 so betrachtet es damit alle anderen als ungültig. 16) S. 51 Savigny, 17) S. 52 der zuerst für die gemeinrechtliche Systematik den Begriff Ungültigkeit aufstellte, teilte diese je nach dem Grade der Ungültigkeit in die Fälle der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ein. Über das Vorkommen von Zwischenstufen ist vielfach gestritten worden, doch im Ganzen ist diese Einteilung bis heute maßgebend geblieben. Auch das B. G. B. kennt beide Begriffe. Aber jene Unterscheidung ist keine grundlegende; eine solche muß vielmehr auf die Ursachen der Ungültigkeit zurückgehen, aus welchen sich auch der Grad der Ungültigkeit herleitet. Dies soll im folgenden versuchtwerden.

Der Begriff Ungültigkeit bedeutet bei Savigny die Zusammenfassung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Erstere nannte er die „vollständige Ungültigkeit", die „reine Verneinung der Wirksamkeit", im Gegensatz zu der Anfechtbarkeit, die er als „unvollständige Ungültigkeit" bezeichnete. Mehr oder weniger erheblich umgestaltet ist diese Begriffsbestimmung bis in die jüngste Zeit hinein herrschend geblieben.

A) Nichtigkeit wird meistens als rechtliches Nichtvorhandensein trotz tatsächlicher Existenz bezeichnet. 18) S. 52 Nach dieser Meinung ist das Rechtsgeschäft da, aber ungültig, d. h. rechtlich nicht vorhanden. Eine andere Meinung dagegen sagt: das Rechtsgeschäft, welches wir nichtig nennen, ist etwas, das in Wirklichkeit überhaupt nicht da ist, wenigstens nicht als Rechtsgeschäft. 19) S. 52 Beide Erklärungen enthalten an sich nichts unrichtiges, können aber m. E. in sofern nicht befriedigen, als sie nicht erschöpfend sind, und weil sie den Kern des Begriffes nicht treffen. Denn fast immer wird die Nichtigkeit im wesentlichen von der Seite betrachtet, welche nach der praktischen Richtung hin freilich von überwiegender Bedeutung ist, von der Seite des Wirkungsausfalles. 20) S. 52 Daher er-

halten wir auf diese Weise jedenfalls kein klares Bild von dem Unterschiede zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit. 21) S. 52 Manche setzen sogar ausdrücklich Nichtigkeit und endgültige Unwirksamkeit einander gleich. 22) S. 53 Dennoch besteht zwischen beiden ein begrifflicher Unterschied, der auch von einigen angedeutet wird. 23) S. 53 Die Veranlassung zu jener weit verbreiteten Unrichtigkeit liegt offenbar in einer Ungenauigkeit des Sprachgebrauchs, welcher unter Nichtigkeit zwei von einander durchaus verschiedene Begriffe zusammenfäßt. 24) S. 53 Als nichtig werden meist, auch vom Gesetzbuch, Rechtsgeschäfte bezeichnet, welche darstellen: 1) Tatbestände, welche in Wirklichkeit nichts rechtlich Bedeutsames enthalten, welche eben keine Rechtsgeschäfte sind, und es auch garnicht sein können, weil die Elemente garnicht vorhanden sind, aus denen sich Rechtsgeschäfte zusammensetzen. Das sind bestenfalls Versuche, ein Rechtsgeschäft zu erzeugen, aber eben auch unvollendete oder fehlgeschlagene Versuche. 25) S. 53 Hier ist also nichts vorhanden, was ungültig, und mithin nichts, was unwirksam sein könnte. 2) Tatbestände, welche an sich alles darstellen, was wir sonst ein fehlerloses Rechtsgeschäft nennen, welche aber doch nicht als Rechtsgeschäfte *gelten*, weil die Rechtsordnung sie dem Inhalte nach mißbilligt, und deshalb nicht etwa zu Nichtrechtsgeschäften macht, wie sie bei den Tatbeständen unter 1) vorliegen — dies kann die Rechtsordnung garnicht, denn was da und geschehen ist, kann nicht mehr aus der Welt geschafft werden, — sondern welche sie in Bezug auf die Wirkungen als nichtvorhanden *ansieht*. 26) S. 53 Der Unterschied wird noch deutlicher, wenn man das fernere Schicksal dieser ‚nichtige' Rechtsgeschäfte genannten Tatbestände im Auge behält. In den Fällen unter 2) bleibt das Rechtsgeschäft tatsächlich und unverändert auch fernerhin bestehen. Nur ist es rechtlich ungültig, und so bleibt es, und *deshalb* kann es nimmermehr auf irgend eine Weise wirksam werden; denn so, wie es ist, wird ihm von der Rechtsordnung der Eintritt in die Schranken, hinter denen die gesetzlich gültigen Rechtsgeschäfte wohnen, verwehrt, und nachbessern, so daß es für die Rechtsordnung an-

nehmbar würde, läßt es sich nicht mehr. Anders die Fälle unter 1). Während bei den eben erwähnten Rechtsgeschäften die Errichtungserfordernisse vollständig sind, fehlt es hier an dieser Vollständigkeit. Andererseits aber: was nicht ist, kann noch werden: Vorausgesetzt, daß für den Einzelfall eine sukzessive Verwirklichung der Tatbestandserfordernisse statthaft ist, können die fehlenden Elemente dem Tatbestande noch hinzugefügt werden. In diesen Fällen tritt, aus den nunmehr vollständig gewordenen Tatbestandselementen zusammengesetzt, das Rechtsgeschäft ins Leben ein. Es entsteht in diesem Augenblicke neu, darum ist es falsch, hier von Heilung zu reden. Denn heilen kann man nur, was überhaupt vorhanden, wenn auch mangelhaft, was lebendig, obschon krank ist. In diesem Sinne, und nur in diesem Sinne, spricht auch das Gesetzbuch in den §§ 506 und 766 vom „Heilen" eines Formmangels. Andererseits sagt es klipp und klar in § 141, daß da, wo der Inhalt eines nichtigen Rechtsgeschäfts später zur Geltung gelangt, eine erneute Vornahme vorliegt. Nur von diesem Gesichtspunkte aus ist die Anfügung des § 141 II zu verstehen. Denn wäre es der ursprüngliche Vertrag, welcher durch die Parteien selbst geheilt und dadurch gültig gemacht ward, so wäre es einmal überflüssig, noch wieder zu bestimmen, daß diese Wirkungen eintreten sollten, denn sie müßten auch ohne das eintreten. Überdies aber müßte diese Rückwirkung, welche aus dem alten, nichtigen Rechtsgeschäft von selbst etwa entspränge, sogar dinglicher Natur sein.

Daß Heilung nicht stattfindet, geht noch deutlicher aus jenen Fällen hervor, für die gleichzeitige Verwirklichung aller Tatbestandselemente vorgeschrieben ist. Alle Einzelelemente, auch wenn sie etwa teilweise schon vorher verwirklicht waren, müssen hier noch einmal geschaffen werden. Das B. G. B. hebt hervor, daß es auch hier so anzusehen sei, als ob das Rechtsgeschäft neu begründet sei; desgleichen bedeutet die Bestätigung nicht Heilung, sondern Neuvornahme. Damit steht es endlich im Einklang, daß, wenn in den Fällen unter 1) die vorhandenen Tatbestandsteile zwar zur Errichtung des beabsichtigten Rechtsgeschäfts nicht hinreichend sind,

aber immerhin die Bestandteile eines anderen Rechtsgeschäftes enthalten, sie beim Vorhandensein des darauf gehenden Willens nicht wirkungslos bleiben, sondern zu jenem anderen Rechtsgeschäfte vereinigt werden 27) S. 53.

Das Ergebnis dieser Untersuchung sei noch einmal zusammengefaßt: Es giebt einmal Tatbestände, welche keine Rechtsgeschäfte sind und deshalb als solche weder tatsächlich noch rechtlich vorhanden sind. Diese sind also nicht einmal ungültige, mithin auch keine unwirksamen Rechtsgeschäfte. Außerdem gibt es Tatbestände, die an sich Rechtsgeschäfte darstellen, welche aber in Bezug auf die beabsichtigten Wirkungen von der Rechtsordnung als rechtlich nicht vorhanden angesehen werden. Diese sind tatsächlich vorhanden, aber infolge ihres Nichtanerkanntwerdens seitens der Rechtsordnung dauernd und völlig unwirksam.

Mit dem Ausdruck ‚nichtig' bezeichnet gleichwohl das Gesetzbuch beide Arten, die, welche wegen ihres Inhalts von der Rechtsordnung mißbilligt und deshalb als nicht vorhanden angesehen werden, und diejenigen, welche wegen des Mangels eines Errichtungserfordernisses nicht vorhanden sind, sondern höchstens als Phantome die Rechtswelt Irrlichtern gleich durchwandeln, und denen das Gesetz mit der Nichtigkeitserklärung nur deshalb eine an sich unverdiente Beachtung schenkt, um Irrende und Unwissende davor zu warnen. Es ist aber daran festzuhalten, daß da, wo die Nichtigkeit als Fall der Unwirksamkeit unter diese einbezogen ist, begrifflich eigentlich nur die Gruppe der infolge der Fiktion ‚nichtigen' Rechtsgeschäfte zu verstehen ist.

Durch diese Doppelbedeutung des Ausdrucks ‚Nichtigkeit' wird die begriffliche Unterscheidung der Nichtigkeit von der vollkommenen und endgültigen Unwirksamkeit noch schwerer gemacht, als sie es schon ohne dies ist. Denn wie von manchen (Enneccerus) sehr nachdrücklich betont wird, gibt es Fälle der erwähnten Unwirksamkeit, welche infolge der endgültigen Unmöglichkeit, daß das Wirksamkeitshindernis gehoben werde, materiellrechtlich die gleichen

Wirkungen haben, wie wenn sie Nichtigkeit wären. Hierüber ist vom begrifflichen Standpunkte aus im Abschnitt III bei der ‚eigentlichen Unwirksamkeit' ausführlich zu handeln (vergl. insbesondere z. B. auch S. 29 ff., Anm. 75, und sonst.).

An dieser Stelle aber sei auf einen prozeßrechtlichen Unterschied zwischen Nichtigkeit und endgültiger Unwirksamkeit hingedeutet Wendet der Beklagte ein, ein Rechtsgeschäft sei nichtig, so bedeutet das ein Leugnen des rechtlichen Tatbestandes, d. h. des Klagegrundes. Die Beweislast trifft dann also den Kläger, derart, daß dieser die tatsächliche Vollständigkeit aller Tatbestandserfordernisse nachzuweisen hat und ebenso auch die rechtliche Geltung, d. h. den Mangel eines Gesetzes, welches den betreffenden Tatbestand aus der Reihe der „Rechts"geschäfte ausschließt.

Anders, wenn der Beklagte von Unwirksamkeit, sei es auch völliger, spricht, d. h. sprechen muß. Dies ist nicht der Einwand: ich leugne den Klaggrund, sondern es heißt: ein Hindernis der Wirksamkeit greift in das Rechtsgeschäft ein, dessen sonstiges Bestehen und dessen Gültigkeit zugegeben werden muß. Hier muß also der Beklagte seinerseits das Vorhandensein des ihm günstigen Wirksamkeitshindernisses dem Kläger gegenüber beweisen. (Siehe über die begriffliche Konstruktion des Wirksamkeitshindernisses Seite 23 ff.).

B) Noch viel umstrittener, als der Nichtigkeitsbegriff, ist der der Anfechtbarkeit [28] S. 55 und das Verhältnis der Anfechtbarkeit zur Nichtigkeit und zur Unwirksamkeit. In der Hauptsache stehen sich zwei Meinungen gegenüber: die eine hält das anfechtbare Rechtsgeschäft für wirksam, die andere sagt, wie Windscheid (a. a. O. 634) es ausdrückt, es sei durch die bloße „Möglichkeit seiner Anfechtung nicht minder in seiner Kraft gehemmt, als das nichtige."

Zweifellos ist nur die Stellung des erfolgreich angefochtenen Rechtsgeschäftes: Es ist nichtig. Denn „unter Anfechtbarkeit" sagen die Motive (I 219), „wird diejenige Ungültigkeit [29] S. 55 ver-

ſtanden, kraft deren einem Rechtsgeſchäfte die Gültigkeit nicht ſofort, — ſondern nur erſt dann, — dann aber auch rückwärts, — entzogen wird", wenn der hierzu Berechtigte die Anfechtung vornimmt. „Das anfechtbare Rechtsgeſchäft ſteht unter einer auflöſenden Geſetzesbedingung, deren Eintritt beſonderer Beſtimmung zufolge rückwirkende Kraft hat. Solange nicht angefochten iſt, beſteht das Geſchäft." Die Gültigkeit wird dem Rechtsgeſchäft im Fall der Anfechtung entzogen; alſo muß es ſie vorher beſeſſen haben. Dieſer Umſtand, daß das Rechtsgeſchäft vorher gültig war, läßt ſich wohl durch die dinglich geſtaltete Wirkung ex tunc der Anfechtung für die Wirkungen rückgängig machen, aber die Tatſache, daß bis zur Vornahme der Anfechtung das Rechtsgeſchäft gültig und wirkſam geweſen war, läßt ſich nicht mehr ungeſchehen machen. Es war eben gültig; infolgedeſſen kann es auch nur „als von Anfang an nichtig angeſehen werden." 30) S. 55 Dieſer fingierten Nichtigkeit 31) S. 55 jener Zeit, wo das Schickſal des Rechtsgeſchäfts entſchieden iſt, ſteht gegenüber die Gültigkeit in der Zeit vor der Anfechtung. In der Tat hatte die Rechtsordnung gar keinen Grund, das Rechtsgeſchäft nicht gelten zu laſſen. Denn an ſich war ein vollkommener und inhaltlich ſtatthafter Tatbeſtand vorhanden. „Die Bezeichnung des Fehlers als Anfechtbarkeit enthält die negative Feſtſtellung, daß der Fehler nicht in einem Mangel des Tatbeſtandes beruht." 32) S. 55 Nur vermittelſt einer außerordentlichen Erweiterung der Privatautonomie aus Billigkeitsrückſichten geſtattet das Geſetz dieſe „Korrektur ſeiner eigenen Regeln" 33) S. 56 dem Berechtigten, damit dieſer ſich des Rechtsgeſchäftes, welches an ſich hätte gültig ſein müſſen, ausnahmsweiſe wieder entledigen könne.

Damit entfällt die Unterlage insbeſondere für die Anſchauung Endemann's: „Die Anfechtung enthüllt die wahre Rechtslage: das angefochtene Rechtsgeſchäft war nichtig." 34) S. 56 Ebenſo ſinkt damit jene Anſchauung in ſich zuſammen, welche die Anfechtbarkeit für eine Art der relativen Nichtigkeit hält. 35) S. 56 Denn vor der Anfechtung iſt das Rechtsgeſchäft auch dem Anfechtungsberech-

tigten gegenüber wirksam, solange dieser die Anfechtung nicht vollzieht, nach vollzogener Anfechtung ist es ebenso jedermann gegenüber nichtig, wie es vorher für und gegen jedermann gültig und wirksam war. Anders wäre es, wenn das anfechtbare Geschäft nicht, wie nach der — auch für das Gesetzbuch zutreffenden — Meinung der Motive, gültig unter einer vom Gesetz hinzugefügten auflösenden Bedingung wäre, sondern wenn, wie nach der Gegenansicht unumgänglich, die Gültigkeit unter einer aufschiebenden Bedingung stände.

Der allgemeinen Unwirksamkeit gegenüber gestellt, verhalten sich also die Fälle der Anfechtbarkeit folgendermaßen: Die Beschaffenheit des angefochtenen Rechtsgeschäftes steht der Nichtigkeit gleich, fällt also mit dieser auch unter die Ungültigkeit; 36) S. 56 das blos anfechtbare, welches voll wirksam und gültig ist, ist nicht unwirksam. Vielmehr sucht das Gesetz dessen Wirksamkeit möglichst aufrecht zu erhalten, indem es der Anfechtung nur innerhalb kurzer Ausschlußfristen die Kraft und „Befugnis einer privaten Nichtigkeitserklärung“ 37) S. 56 zugesteht, und eine Bestätigungserklärung zuläßt, deren Abgabe 38) S. 56 den Urheber derselben bindet. Deshalb ist es falsch, die Anfechtbarkeit, wie es häufig geschieht, 39) S. 57 unter die Unwirksamkeit mitzubegreifen.

2. Fälle der allgemeinen Unwirksamkeit.

Es ist nunmehr noch an einigen Beispielen nachzuweisen, daß in der Tat im Gesetzbuch Fälle von Unwirksamkeit vorkommen, unter welchen auch die Nichtigkeit gemeint ist, und daß in diesen Fällen der allgemeinen Unwirksamkeit die Anfechtbarkeit nicht mit einbegriffen ist. Freilich ist die Zahl solcher Fälle nicht bedeutend.

§ 344 lautet: „Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst, wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.“

Der Zweck der Vorschrift ist, die Umgehung einer anderweitigen Gesetzesvorschrift zu verhüten. Wenn die Rechtsordnung einem Rechtsgeschäft, welches sie mißbilligt, ihren Schutz versagt, oder es sogar geradezu verbietet, will sie verhindern, daß durch die Ausbedingung einer Vertragstrafe für den Fall der Nichterfüllung der gegen ihren Willen Verpflichtete durch die drohenden Nachteile des Verfalls dieser Vertragsstrafe mittelbar zur Erfüllung der mißbilligten Verbindlichkeit veranlaßt werde. Schon da, wo der Gesetzgeber die Verbindlichkeit zwar seines Schutzes für nicht würdig hielt, ohne sich indessen veranlaßt zu sehen, mit dem Aufgebot aller ihm verfügbaren — privatrechtlichen — Mittel der Gültigkeit jenes Rechtsgeschäfts entgegen zu treten, schon da beugte er ausdrücklich der mittelbaren Ausübung eines rechtlichen Druckes zu Gunsten des verpönten Rechtsgeschäftes vor. Um wieviel mehr entspricht es seiner Meinung, seinen Willen da aufrecht zu erhalten, wo er seiner Mißbilligung durch Verhängung der Nichtigkeit über jenes Rechtsgeschäft den stärksten Ausdruck zu geben für nötig erachtet.

Aber wie hier offensichtlich die Nichtigkeit in der Unwirksamkeit enthalten sein soll, so soll andererseits die bloße Anfechtbarkeit ausgeschlossen sein. Die Rechtsordnung legt bei von ihr bloß anfechtbar gestalteten Rechtsgeschäften nicht soviel Gewicht auf ihre Abneigung gegen jenes Rechtsgeschäft, daß sie dem Verpflichteten es nicht überließe, selber zu entscheiden, ob er gebunden sein solle, oder nicht. Nach erlangter Kenntnis der Anfechtbarkeit ist ihm diese Selbstbindung durch Bestätigung oder Verzicht auf die Anfechtung herbeizuführen freigestellt; weshalb sollte er da nicht denselben Erfolg auf anderem Wege herbeiführen dürfen, in dem er eine Vertragsstrafe auf das zur Zeit gültige Rechtsgeschäft setzt! 40) S. 57. 41) S. 57.

Ein weiteres Beispiel stellt § 409 I, 1 dar. Er lautet: Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, daß er die Forderung abgetreten habe, so muß er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung

gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist.

Der Zweck der Vorschrift ist, dem Schuldner eine sichere Stellung gegenüber der möglichen Ungewißheit der Person des Gläubigers bei der Forderungsabtretung zu geben. Er soll unabhängig sein von dem Schicksal des Abtretungsgeschäftes, dessen Mängel ihm als Unbeteiligtem fremd bleiben. Da er durch keinerlei Mangelhaftigkeit des Abtretungsgeschäftes betroffen werden soll, so ist es klar, daß insbesondere auch der schwerste Schlag, der das Abtretungsgeschäft vernichten könnte, dessen Nichtigkeit, ihn nicht treffen darf. Daß die Anfechtbarkeit hier ebenfalls entfällt, ist klar. Denn solange das Abtretungsrecht wirksam ist, hat der Schuldner nichts zu fürchten, daher bedarf er solange auch keiner Schutzvorschrift, wie der des § 409.

Nicht unbestritten ist das Vorliegen des allgemeinen Unwirksamkeitsbegriffs im § 2085: Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde.

Man könnte annehmen, daß die Nichtigkeit deshalb vom Gesetz hier nicht mit einbegriffen worden ist, weil für die Fälle dieser ja schon § 139 eine Bestimmung gleichen Inhalts getroffen habe. Sonst freilich läge nach der hier vertretenen begrifflichen Konstruktion kein Anlaß vor, die nichtige Verfügung hier als nicht gemeint zu betrachten. Aber dieser § 2085 enthält auch für die Nichtigkeitsfälle in sofern eine besondere Bestimmung, als er gegen die allgemeine Regel des § 139 für Verfügungen von Todeswegen die Beweislast umkehrt. So schwindet auch dieser Zweifel an dem Vorliegen des allgemeinen Unwirksamkeitsbegriffs. Dagegen ist Anfechtbarkeit ausgeschlossen, wie für jeden klar ist, der nicht von vornherein die Anfechtbarkeit zur allgemeinen Unwirksamkeit rechnet. 42) S. 58 Da die bloß anfechtbare Verfügung wirksam ist, besteht kein Anlaß, die übrigen Verfügungen ihretwegen unwirksam werden zu lassen.

Endlich ist noch darzutun, daß in diesen Fällen unter Unwirksamkeit nicht nur Nichtigkeit verstanden ist, sondern daß sie auch Fälle sonstiger Unwirksamkeit treffen. Für § 344 wird das von Enneccerus 43) S. 58 bestritten. Dagegen betont Schollmeyer mit Recht in ausführlicher Darlegung, daß auch die Fälle sonstiger (eigentlicher) Unwirksamkeit unter § 344 fallen. Das Wesen dieser Fälle besteht darin, daß das Gesetz solche Rechtsgeschäfte zwar nicht ungültig macht, aber ihnen in verschiedenem Umfange die Unterstützung verweigert, mit deren Hülfe die Wirksamkeit erzielt wird. Es wäre die gleiche Umgehung des Gesetzeswillens, wollte man zulassen, daß die verweigerte Unterstützung mittelbar erlangt werde. 44) S. 58

Daß in den §§ 409 und 2085 ebenfalls die eigentlichen Unwirksamkeitsfälle enthalten sind, ist klar und bedarf keiner weiteren Erläuterung. Der Schuldner soll eben gegen jede Unwirksamkeit der angezeigten Forderungsabtretung geschützt sein, gleichviel welcher Art sie sei, jede Unwirksamkeit einer Verfügung von Todeswegen, gleichviel welcher Art, soll die mit dieser im Zusammenhang stehenden Verfügungen einer Erbverschreibung unwirksam machen können.

III.

Eigentliche Unwirksamkeit. [45] S. 59.

1. Ihr Begriff im Allgemeinen.

Es ist schon im vorigen Abschnitt darauf hingedeutet worden, daß es noch andere Fälle der Unwirksamkeit gibt, als die der Nichtigkeit. Es ist weiter festgestellt worden, daß auch das Gesetzbuch vielfach von unwirksamen Rechtsgeschäften spricht, wenn es sowohl Fälle der Nichtigkeit, wie auch der sonstigen, eigentlichen Unwirksamkeit darunter verstanden wissen will. Bei der Betrachtung einzelner Bestimmungen, wie etwa der des § 1831 B. G. B., stellt sich nun außerdem noch heraus, daß das Gesetzbuch auch von Unwirksamkeit spricht, wo es offenbar ausgeschlossen ist, daß hier auch die Nichtigkeit gemeint sein könnte: Ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches der Vorschrift zuwider ohne schriftliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgenommen wird, ist gültig und zunächst wirksam; wirksam bleibt es auch, wenn nicht der andere ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) das Geschäft zurückweist. In der möglicherweise, (d. h. wenn das Zögern des Dritten nicht schuldhaft war), geraume Zeit währenden Frist bis zur Zurückweisung seitens des Dritten ist es gültig, also nicht nichtig. Wenn dennoch für den Fall des Satz 2, der von einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften handelt, es noch zweifelhaft sein könnte, ob nicht etwa bei erfolgter Zurückweisung durch den ‚Anderen' ein infolge vollzogener Anfechtung nichtiges

Rechtsgeschäft vorliege, so geht die Unmöglichkeit dieser Annahme daraus hervor, daß auch nach Verzicht auf die Zurückweisung das Rechtsgeschäft, welches nun gültig und wirksam war, seine Wirksamkeit wieder verlieren kann, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts versagt wird. In dieser Versagung liegt sicherlich keine Anfechtung, und die Gültigkeit wird also nicht geschmälert.

Hier findet sich demnach trotz der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes Unwirksamkeit, welche nicht Nichtigkeit ist. Daß das Gesetzbuch diesen Unterschied gewollt hat, kann daraus entnommen werden, daß es den Ausdruck ‚nichtig' des entsprechenden § 1681 II des Entwurfs I späterhin im § 1711 des Entwurfs II und im § 1831 des Gesetzbuchs durch ‚unwirksam' ersetzt hat. Und dies ist mehrfach und offenbar nicht ohne Absicht geschehen. 46) S. 59 Demnach umfäßt die eigentliche Unwirksamkeit alle Fälle der allgemeinen Unwirksamkeit, mit Ausnahme der Nichtigkeitsfälle. Um den Begriff dieser eigentlichen Unwirksamkeit festzustellen, bedarf es eines Zurückgehens auf deren Ursachen. Ein unsicherer Weg wäre es — und auf ihm sind schon manche zu falschen Ergebnissen gekommen 47) S. 59 — die Begriffsmerkmale der eigentlichen Unwirksamkeit der Nichtigkeit gegenüber aus der Art und Weise erkennen zu wollen, in der sie sich äußert; denn vielfach treten gleiche Wirkungen aus den verschiedensten Ursachen ein; vielmehr läßt sich der Begriff nur aus seiner Quelle herleiten, der seine Erscheinung und sein Auftreten entspringen.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist, wie festgestellt worden war, unwirksam, eben *weil* es nichtig ist. *Eigentlich unwirksam* ist also ein Rechtsgeschäft, welches unwirksam ist, ohne daß es nichtig, und trotzdem es nicht nichtig ist. Es besitzt mithin alle Erfordernisse eines gültigen Rechtsgeschäftes, aber dennoch hat es etwas an sich, das außerhalb der Gültigkeitserfordernisse liegt, was seine Wirksamkeit lähmt, und das über jene hinaus es hindert, seine Kraft zu entfalten, ein Wirksamkeitshindernis. 48) S. 60 Wie sich der Begriff der auf Nichtigkeit beruhenden Unwirksamkeit aus der Feststellung der Ursachen der Nichtigkeit ergab, so geht der

Weg zum Begriff der eigentlichen Unwirksamkeit über die Feststellung der Ursachen dieser, der Wirksamkeitshindernisse. Man kann fast mit denselben Worten, die Jacobi von den Ursachen der Anfechtbarkeit gebrauchte, 49) S. 60 auch hier sagen: die Bezeichnung des Fehlers als ‚eigentlicher Unwirksamkeit' enthält die negative Feststellung, daß der Fehler nicht auf einem Mangel der Gültigkeitserfordernisse beruht. Letztere sind: 1. Allgemeine Tatbestandserfordernisse, nämlich: ein vollkommener Wille und eine einwandsfreie Äußerung desselben (und zwar in der jeweilen vom Gesetz geforderten Form, die irgend welche Zwischenstufe zwischen der konkludenten Handlung und der gerichtlichen Beurkundung darstellen kann), und 2. Nichtvorhandensein eines gesetzlichen Verbotes. Entfällt eines dieser beiden Gültigkeitserfordernisse, so ist rechtliches Nichtvorhandensein, d. h. Nichtigkeit, und des weiteren Unwirksamkeit die Folge. Diese äußert sich nach beiden Richtungen hin: Nach der aktiven Seite wird das Rechtsgeschäft impotent, indem ihm das den Rechtsgeschäften sonst gewährte Mittel, sich Anerkennung zu verschaffen und sich durchzusetzen, die Klage und die Zwangsvollstreckung, versagt bleibt; und ebenso auch nach der passiven Seite: ein nichtiges Rechtsgeschäft ist unerfüllbar. Allerdings scheint der § 814 das Gegenteil zu besagen. Allein er ist doch nur eine scheinbare Ausnahme von dem Grundsatze, daß nicht bestehende Verbindlichkeiten auch nicht erfüllt werden können. „Ist in Kenntnis von dem Nichtbestehen der Verbindlichkeit geleistet worden, so ist nicht zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet worden," 50) S. 60 sondern aus irgend einem anderen, der Rechtsordnung regelmäßig gleichgültigen Grunde. 51) S. 60

Die Wirksamkeitshindernisse erwachsen also weder aus einem Mangel der Errichtung, noch des Inhaltes des Rechtsgeschäftes selbst, sondern treten überhaupt von außen her an das Rechtsgeschäft heran und äußern sich in einem selbständigen Eingreifen in die Bewegung der rechtsgeschäftlichen Entwickelung auf die Erfüllung hin. Ein solches Eingreifen in die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes

kann ausgehen entweder von der Rechtsordnung, indem diese ihre schützende Tätigkeit versagt oder an die Erfüllung einer Bedingung knüpft, (z. B. bei den Naturalobligationen oder bei der Forderung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters), oder von den Parteien selbst, (z. B. im Falle der Aufhebung des Rechtsgeschäftes), oder von dazu berechtigten Dritten (z. B. bei gewissen Verfügungen Nichtberechtigter ohne die Zustimmung des Berechtigten), oder endlich von der stärkeren Macht gewisser der Wirksamkeit hindernd im Wege stehender Tatbestände (z. B. bei nachfolgender Unmöglichkeit). Es wird später 52) S. 61 davon zu handeln sein, daß das Gesetz, so wie es bei nichtigen Rechtsgeschäften nur ausnahmsweise und aus höheren Gründen in beschränktem Maße von seiner grundsätzlichen Feindseligkeit gegenüber dem nichtigen Rechtsgeschäfte (siehe Anmerkung 51) absieht, so andererseits hier, wo es einem gültigen Rechtsgeschäft hemmend gegenüber tritt, grundsätzlich seine Eingriffe in dessen Wirksamkeit auf dasjenige Maß von Hemmung beschränkt, das unbedingt erforderlich ist, um den höheren Zweck seines Eingreifens zu erreichen. Daher hindert es nur in einzelnen Fällen die sämtlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts, während es sie in anderen Fällen nur teilweise oder zeitweise oder gegenüber einzelnen Personen beeinträchtigt. So ergibt sich zunächst eine Scheidung der Fälle vollständiger und unvollständiger Wirksamkeit. Aber nur eine Scheidung der Fälle, nicht auch der Begriffsunterarten der eigentlichen Unwirksamkeit! Denn eine Folge der Verschiedenheit der Einzelfälle ist das mehr oder weniger tiefe Eingreifen des Wirkungshindernisses in die Wirkungen des Rechtsgeschäftes, nicht aber liegt es in den Ursachen der Hemmungstatsache begründet. So kann die Versagung des Schutzes seitens der Rechtsordnung je nach der rechtspolitischen Veranlassung dieses Verhaltens und je nach Lage des Einzelfalles für das betroffene Rechtsgeschäft die Folge haben, daß es dauernd und vollständig unwirksam wird (wie im Falle des § 2077 I u. II), oder auch nur die aktive Wirksamkeit lahm gelegt wird, (wie bei den natürlichen oder klaglos gestalteten Verbindlichkeiten s. u. S. 30 f.). Es erscheint daher für die Er-

kenntnis des Begriffs eigentliche Unwirksamkeit fruchtbarer, deren Unterarten nach dem Merkmal ihrer Ursache, als nach dem des Umfangs ihrer Wirkungen zu scheiden. Zwar ist es angemessen zu erwähnen, welche verschiedenen Stufen der Unwirksamkeit sich aus den Verschiedenheiten der Ursachen und der Fälle derselben ergeben können, allein eine Scheidung nach dem Grade der Unwirksamkeit als maßgebendem Gesichtspunkte 53) S. 61 ist Aufgabe einer kasuistischen Arbeit oder des Kommentars, nicht aber einer begrifflichen Untersuchung.

2. Die Unterarten des Begriffs eigentliche Unwirksamkeit.

A. Das Eingreifen der Rechtsordnung als Wirksamkeitshindernis.

Wenn die Rechtsordnung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes entgegentreten will, so stehen ihr zwei Wege offen; sie kann ein solches Rechtsgeschäft einfach verbieten, oder es aus irgend welchen Gründen zwar nicht geradezu untersagen, aber ihm doch seinen Schutz 54) S. 62 ganz oder teilweise versagen.

a) Das Verbot der Rechtsordnung macht das Geschäft gewöhnlich nichtig, aber es kommt auch vor, daß eine andere Folge auf die Nichtbeachtung der Vorschrift gesetzt wird (B. G. B. § 134). So sind die Rechtsgeschäfte der §§ 671, 1313 und 1315 trotz des mit ‚darf nicht' bezeichneten Verbotes völlig gültig und wirksam. 55) S. 62.

1) Ebenso gibt es Fälle, in denen das Gesetz ein gegen sein Verbot vorgenommenes Rechtsgeschäft ‚unwirksam' nennt. Allgemeine Unwirksamkeit kann hier unmöglich gemeint sein, denn ein bestimmtes Geschäft in einem einzelnen Falle kann nur entweder nur nichtig, oder nur (eigentlich) unwirksam sein. Es sind das meist Rechtsgeschäfte, welche ‚nicht vorgenommen werden können'.

Hier liegt ein Verbot kraft positiven Rechtssatzes vor, das den Geschäftsinhalt treffen will. Denn wäre die Vornahme tatsächlich unmöglich (‚kann nicht'), so wäre die Hervorhebung der Unmöglichkeit überflüssig. Man hat es also mit verschleierten Verboten zu tun, deren grundsätzliche Folge Nichtigkeit ist; aber vielfach wird Unwirksamkeit auf das Verbot gesetzt. Aus der Fülle derartiger Bestimmungen sei beispielsweise § 137 genannt. Hier will die Rechtsordnung nicht etwa den Erfolg des Rechtsgeschäftes, nämlich das Verbleiben des Rechtes beim Eigentümer, hindern; vielmehr ist es diesem gern erlaubt, das Recht zu behalten, so lange es besteht und ihm nicht etwa sonst irgend wie entwehrt wird (z. B. durch Pfändung). Aber die Bindung des Eigentümers hinsichtlich der Verfügungsbefugnis will sie vereiteln; daher greift sie nicht in die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes ein, sondern sie nimmt ihm nur die Geschäftswirkung. Die Unwirksamkeit ist eine vollständige, steht also insofern der Nichtigkeit gleich. Aber hier zeigt sich die Richtigkeit des Seite 25 Gesagten: Die Rechtsordnung greift nicht weiter ein, als zur Erreichung des höheren Zweckes erforderlich ist: Sie hindert die Geschäftswirkung, die (dingliche) Unveräußerlichkeit des Vertragsgegenstandes, aber sie greift nicht in die Wirksamkeit der obligatorischen Verpflichtung der Vertragsgenossen ein, weil ihr diese unschädlich erscheint. Daher legt sie dem Verpflichteten bei Zuwiderhandlung Schadenersatz gegenüber dem Gegner auf. Das wäre bei Nichtigkeit ausgeschlossen, denn das gesetzliche Verbot hätte beiden Teilen bekannt sein müssen, Verschulden beim Vertragsschlusse läge also beiderseits vor und gliche sich aus; aber eine andere Pflicht zum Schadenersatz kann aus dem nichtigen Rechtsgeschäft normaler Weise nicht erwachsen. Doch hier entspringt die Verpflichtung zum Schadenersatz der *Wirksamkeit* dieses Teiles der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung. Ein nichtiges Rechtsgeschäft wäre außerstande, auch nur die geringste Wirksamkeit zu entfalten; doch in die Wirksamkeit des *gültigen* Rechtsgeschäftes greift die Rechtsordnung nicht weiter hindernd ein, als es für ihre Zwecke unbedingt erforderlich war; daher durfte das Rechtsgeschäft den-

jenigen Teil seiner Wirksamkeit, welcher den Zwecken der Rechtsordnung nicht zuwider lief, behalten. So erwächst aus dem begrifflichen Gegensatz zwischen Nichtigkeit und eigentlicher Unwirksamkeit auch ein praktischer Unterschied.

2) In Fällen, wie der eben geschilderte, haben wir es mit einem unbedingten gesetzlichen Verbot zu tun, als dessen Folge Unwirksamkeit bestimmt ist. In einer Reihe von Fällen erfolgt das Verbot dagegen nicht schlechthin, sondern nur unter gewissen Bedingungen, 56) S. 62 während dasselbe Rechtsgeschäft unter anderen Bedingungen seine volle Wirksamkeit bewahrt. Hierher gehören die sogenannten actus legitimi, die ‚hinzufügungsfeindlichen' Rechtsgeschäfte, welche, unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung vorgenommen, unwirksam sind. Leider bedient sich das Gesetz bei der Kennzeichnung dieser Rechtsgeschäfte nicht einer einheitlich durchgeführten Ausdrucksweise. Einmal erklärt es, ein Rechtsgeschäft, unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung vorgenommen, sei unwirksam, 57) S. 62 ein andermal erklärt es, ein Rechtsgeschäft ‚könne unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung nicht vorgenommen werden'. 58) S. 62 In einem Falle, 1950 II, wird hinzugefügt, daß das Rechtsgeschäft, welches nicht vorgenommen werden könne, unwirksam sei. Sollte etwa daraus zu schließen sein, daß in den anderen ganz gleichartigen Fällen, wo die Unwirksamkeit nicht ausdrücklich als Folge gesetzt ist, Nichtigkeit gewollt sei? Das ist nicht anzunehmen. Denn es liegt kein Grund vor, die Annahme und die Ausschlagung einer Erbschaft anders zu behandeln, als die eines Teiles derselben oder die eines Vermächtnisses. 59) S. 62 Immerhin bleibt die Frage offen, ob nicht eben Unwirksamkeit hier Nichtigkeit bedeutet. 60) S. 63 Auch das ist unwahrscheinlich; denn sonst hätte das Gesetz ja z. B. im § 1950 II nichtig statt unwirksam sagen können. Aber vor allem sprechen auch innere Gründe für das Vorliegen eigentlicher Unwirksamkeit. Diesen Rechtsgeschäften fehlt kein Errichtungserfordernis, auch dem Inhalte nach sind sie nicht unerlaubt. Die Rechtsordnung hat gar keinen Anlaß, sie durch ein Verbot nichtig zu machen, aber aus höheren Rück-

sichten — hier meist der Sicherheit der Rechtsverhältnisse halber — greift sie in ihre Wirksamkeit hindernd ein, nicht um des Rechtserfolges, sondern um der Umstände willen, unter denen diese Rechtsgeschäfte ins Leben treten. Die Unwirksamkeit ist hier eine vollkommene und endgültige, sie kann durch Fallenlassen der verpönten Hinzufügung nicht beseitigt werden, auch nicht durch Bestätigung, wenn z. B. die aufschiebende Bedingung der Auflassung etwa eingetreten ist. Vielmehr ist völlig neue Vornahme erforderlich, und diese hat nicht, wie die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte (B. G. B. § 141 II), eine nur durch ausdrückliche gegenteilige Abmachung ausschließbare obligatorische Verpflichtung der Vertragsgenossen, die Vertragswirkungen auf den Zeitpunkt der ersten Vornahme zurückzubeziehen, zur Folge. 61) S. 63 Den Vertretern der Nichtigkeit der hinzufügungsfeindlichen Geschäfte kann lediglich zugegeben werden, daß, abgesehen von den erwähnten Verschiedenheiten, ein erheblicher praktischer Unterschied zwischen dieser Unwirksamkeit und der Nichtigkeit nicht bemerkbar wird, und daß die begriffliche Verschiedenheit „nur in den letzten Ursachen begründet ist." 62) S. 63 Daß sie aber immerhin vorhanden ist, beweisen die eben hervorgehobenen Unterschiede. (Vergl. auch S. 15 f.)

b) Bisher hatten wir es mit gesetzlichen Verboten zu tun, als deren Folge (eigentliche) Unwirksamkeit gesetzt ist. Wie schon erwähnt, kann die Rechtsordnung in die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts auch noch auf andere Weise eingreifen, in dem sie ihm ihren Schutz in dem jeweilen notwendigen Umfange versagt. 63) S. 63 Sie wird dies unbedingt tun, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts ihr nicht behagt, ohne ihr hinreichenden Grund zu einem direkten Verbot zu gewähren, bedingt dann, wenn das Rechtsgeschäft an sich ihr genehm ist, dagegen die Art seiner Errichtung oder die Person eines Beteiligten ihr irgend welches Bedenken einflößt.

1. Ein Beispiel der ersten Gruppe gewährt § 1253 I: Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Ver-

pfänder oder dem Eigentümer zurückgibt. Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam.

Das Gesetzbuch läßt ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur in der Art zu, daß der Pfandgläubiger Besitzer des Pfandes ist. Die Vorschrift des § 1253 I soll eine Umgehung dieses Gesetzeswillens vereiteln, und deshalb wird eine der Absicht des Gesetzes zuwiderlaufende Abmachung für unwirksam erklärt. Der Zweck der erwähnten Gestaltung des Pfandrechts und der Vorschriften zu deren Aufrechterhaltung ist die Erkennbarmachung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen zur Sicherung des sachenrechtlichen Verkehrs. Diesem Zwecke genügt es, die Schaffung unerkennbarer *dinglicher* Rechte an beweglichen Sachen zu verhüten. Das Gesetz hat also nichts dagegen, denselben Enderfolg zuzulassen, wenn er durch einen obligatorischen Vertrag verwirklicht wird. Daher ist eine obligatorische Abrede auf künftige Wiedereinräumung des Pfandrechts und Besitzübertragung an der Pfandsache voll wirksam, 64) S. 63 und soweit sie mit dem dinglichen Vertrag des § 1253 verbunden war, für sich allein wirksam, 65) S. 63 während der eigentliche dingliche Vertrag auf Vorbehalt des Pfandrechts gänzlich unwirksam ist.

In anderen Fällen ist das Gesetz in der Lage, sich mit einer teilweisen Unwirksamkeit zu begnügen. „Die rechtliche Wirksamkeit ist begrifflich nur als *vollständige* (ursprüngliche, allseitige, unbedingte, gänzliche) denkbar. Eine Erklärung, welche *nur nach einer Richtung* hin die Kraft zur Hervorbringung der ihr von den Beteiligten zugeschriebenen oder begrifflich zukommenden rechtlichen Wirkungen nicht hat, ist nicht mehr rechtlich wirksam, sondern (unvollständig) unwirksam". 66) S. 64 Der von der Unwirksamkeit ergriffene Teil des Rechtsgeschäfts kann im Einzelfalle je nach der Zweckmäßigkeit aus nichtbegrifflichen Gründen ganz verschieden sein. Die Zahl der Spielarten der unvollständigen (teilweisen) eigentlichen Unwirksamkeit kann daher an sich so unbegrenzt sein, wie die Zahl der Möglichkeiten, ein Ganzes zu teilen. 67) S. 64

Es sei daher nur eine Gruppe von Fällen unvollständiger

Unwirksamkeit infolge unbedingter Versagung des Schutzes seitens der Rechtsordnung beispielsweise angeführt, welche nach dem obigen zweifellos hierher gehört, aber m. W. noch niemals als solche bezeichnet ist, wohl deshalb, weil der Ausdruck unwirksam oder dergl. im Gesetzbuch nicht gebraucht wird. Es sind dies die zahlreichen Rechtsgeschäfte, bei denen der aktive Teil ihrer Wirksamkeit lahm gelegt ist, indem sie klaglos gemacht sind. 68) S. 64 Der Grund, welcher das Gesetz hier bestimmt, die aktive Wirksamkeit zu lähmen, liegt entweder in einem gewissen, gelinden Mißbehagen der Rechtsordnung einzelnen solcher Rechtsgeschäfte gegenüber (so z. B. beim Vertrag auf Zahlung einer Ehemäklergebühr), oder in einer äußeren Veranlassung, welche, von Ausnahmen laut besonderer Bestimmung abgesehen, sich bei jedem Rechtsgeschäft finden kann, der Verjährung des dem Rechtsgeschäft entspringenden Anspruchs. In beiden Fällen ist es unzweifelhaft, daß die betreffenden Rechtsgeschäfte gültig sind; auch besitzen sie den größten Teil ihrer Wirksamkeit: sie können erfüllt werden, und sind im Gegensatz zu § 814 bindend erfüllt, auch wenn sie in Unkenntnis der aktiven Unwirksamkeit erfüllt sind. Nur die Möglichkeit ihrer Selbstverwirklichung ist ihnen genommen, den natürlichen Verbindlichkeiten gänzlich, den infolge Anspruchsverjährung ‚impotenten', in ihrer Wirksamkeit ‚gelähmten' Rechtsgeschäften bis auf einen winzigen Rest, (nämlich indem sie unter gewissen Umständen sich durch Aufrechnung aktiv betätigen können). So zur Untätigkeit verurteilt, müssen sie warten, bis und ob sie aus ihrem Banne erlöst werden.

2. In den bisher behandelten Fällen versagte das Gesetz bedingungslos seinen Schutz. In anderen Fällen macht es sein wirksamkeitshinderndes Eingreifen von gewissen Bedingungen 69) S. 64 abhängig. Auseinander zu halten ist hier die Unwirksamkeit nach Eintritt der auflösenden, beim Nichtvorhandensein einer unechten Bedingung zur Zeit der Geschäftserrichtung, und vor dem Eintritt und nach dem Ausfall einer aufschiebenden Bedingung.

a) Auflösend bedingtes Eingreifen in die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts findet sich im § 2077. 70) S. 64 Darnach ist eine

letztwillige Verfügung zu Gunsten des Ehegatten oder Verlobten des Erblassers unwirksam, wenn die Ehe oder der Brautstand zur Zeit des Erbfalls nicht mehr besteht. Der Zweck ist nicht, den geschilderten Rechtserfolg zu verhindern. Daher ist dieser auch nicht verboten. Vielmehr soll der mutmaßliche Wille des Erblassers zur Geltung gebracht werden, der sich regelmäßig im Sinne dieser Vorschrift betätigt. Hier greift die Vorschrift nicht ein, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser in der Tat den, — wenn auch ungewöhnlichen — Willen gehabt hat, den die Verfügung ausdrückt. Andernfalles aber tritt vollständige und endgültige Unwirksamkeit ein. 71) S. 65 Ein weiteres Beispiel bietet auch § 2109.

b) Vielfach werden Rechtsgeschäfte von vornherein unwirksam, wenn über die Bedingung schon im Augenblick der Errichtung entschieden ist. Es handelt sich hier hauptsächlich um einseitige, nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, beschränkt geschäftsfähiger und solcher voll geschäftsfähiger Personen, die über ein Rechtsgut nicht ohne die vorherige Zustimmung anderer verfügen können. So sagt § 111 [1]: Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Minderjährige 72) S. 65 ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist unwirksam. Ferner § 1398: Ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch das die Frau ohne Einwilligung des Mannes über eingebrachtes Gut verfügt, ist unwirksam. § 1831 [1]: Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Vormund ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornimmt, ist unwirksam. 73) S. 65.

Sind die gleichen Rechtsgeschäfte empfangsbedürftig, so wird auch bei Vorhandensein der Einwilligung die Wirksamkeit gehindert, wenn diese dem Anerklärten nicht in schriftlicher Form vorgelegt wird, und jener das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Denn hier verlangt die Sicherheit des Verkehrs noch größere Vorsicht seitens der Rechtsordnung. In allen diesen Fällen kann der Geschäftsinhalt nur noch durch völlig erneute Vornahme des Geschäfts verwirklicht werden. Die Unwirksamkeit ist also endgültig unheilbar und vollständig.

Ein anderes Beispiel bietet § 1431 I in Verbindung mit § 1435, zugleich ein Fall relativer Unwirksamkeit. Die Gütertrennung ist Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam. Es ist hier gar keine Rede davon, daß die Gütertrennung nicht gültig sei. Sie wirkt sogar unbeschränkt unter den Ehegatten und gegenüber Dritten, welche von dem Bestehen der Gütertrennung unterrichtet sind. Es ist auch für das Gesetz kein Anlaß, diesen Personen gegenüber in die Wirksamkeit des Ehevertrages einzugreifen, sondern es kommt nur darauf an, Dritten, welche mangels Eintragung im Güterrechtsregister keine Kenntnis von der Sachlage haben konnten, einen Schutz zu gewähren. Daher ist der Vertrag solchen gutgläubigen Personen gegenüber unwirksam.

Endlich sei hier der Artikel 22 des E. G. B. G. B. angeführt: Die Legitimation und die Annahme an Kindesstatt eines reichsangehörigen Kindes durch einen Ausländer ist unwirksam, wenn die nach deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes oder berechtigter Dritter nicht erfolgt ist. Es ist also im Falle des Art. 22 vollständige, endgültige und unheilbare Unwirksamkeit vorhanden. Nachträgliche Genehmigung ist, da hier ein hinzufügungsfeindliches Rechtsgeschäft vorliegt, nicht statthaft, sondern es ist völlige Neuvornahme nötig.

c) Eigentliche Unwirksamkeit infolge aufschiebender Gesetzesbedingung kennt das Gesetzbuch hauptsächlich bei Verträgen beschränkt geschäftsfähiger und solcher voll geschäftsfähiger Personen, welche nicht zu selbständigen Verfügungen über ein Rechtsgut befugt sind. Hier tritt die Unwirksamkeit ein, wenn ein solcher Vertrag ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossen ist. So § 108 I: Schließt der Minderjährige einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung des Vertreters ab.

Hier liegt zunächst ein Schwebezustand vor, während dessen das Schicksal des Vertrages unentschieden ist. Es frägt sich nun, ob der Vertrag zunächst wirksam ist, um bei Versagung der Genehmigung unwirksam zu werden, oder ob er zunächst unwirksam

ist, um durch die Nachholung der Genehmigung wirksam zu werden. Es ist gleich anfängliche Unwirksamkeit anzunehmen; das läßt sich aus dem Inhalt des Abs. II schließen. Dieser betrachtet solche Verträge grundsätzlich als unwirksam; die Beschränkung der Möglichkeit, das Wirksamkeitshindernis aus dem Wege zu räumen, deutet darauf hin, daß die Heilbarkeit dieser Unwirksamkeit eine Ausnahme ist, die hauptsächlich zu Gunsten des beschränkt Geschäftsfähigen zugelassen wird, während die Unwirksamkeit die Regel bildet. Nur während zwei Wochen nach Aufforderung durch den anderen Teil hat der Vertreter die Möglichkeit, das Wirksamkeitshindernis dadurch zu heben, daß er dem andern Teil gegenüber seine Genehmigung des Vertrages erklärt. Dann wird der Vertrag von Anfang an wirksam. 74) S. 65 u. 75) S. 66 Verweigert er seine Genehmigung, so bleibt alles, wie es war, nämlich der Vertrag bleibt unwirksam. Im Gegensatz dazu war der mit der Genehmigung, aber ohne genügenden Auspreis von dem Minderjährigen geschlossene Vertrag zunächst wirksam. Denn durch das Verlangen des Dritten, der Vertreter möge sich ihm gegenüber erklären, wird dessen vorher erteilte Einwilligung unwirksam, vorher also war sie wirksam, d. h. vertragsbegründend. 76) S. 66 Ein Schwebezustand findet sich nach zwei Richtungen hin: Zunächst kann der Vertragsgenosse 77) S. 66 bis zur Erteilung der Genehmigung widerrufen, dann bleibt der Vertrag endgültig und vollständig unwirksam. Widerruft er nicht, oder bindet er sich wohl gar durch Verzicht auf den Widerruf, so ist das eine Wirksamkeitshindernis aus dem Wege geräumt, und die vollständige Wirksamkeit hängt nunmehr nur noch von der Genehmigung des Vertreters des Minderjährigen ab. Bei deren Versagung tritt dann endgültige vollständige Unwirksamkeit ein. In der gleichen Lage befinden sich die den §§ 1448 und 1829 unterworfenen Rechtsgeschäfte.

B. Eingriffe der Parteien als Wirksamkeitshindernisse.

An Zahl und vielfach an Bedeutung überwiegen innerhalb der eigentlichen Unwirksamkeit diejenigen Fälle, in denen der Eingriff

der Rechtsordnung in die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts das Wirksamkeitshindernis darstellt. Indessen kann ein Eingriff auch von anderer Seite ausgehen, am ehesten natürlich von Personen, die als Parteien am nächsten an dem Rechtsgeschäft beteiligt sind. Die Parteien können dabei das Wirksamkeitshindernis in den Inhalt des Rechtsgeschäftes selbst hineinlegen, 78) S. 66 indem sie ihm eine Bedingung oder Befristung hinzufügen, oder sie können seine Wirksamkeit durch einen selbständigen Akt beseitigen, sei es, daß das in gegenseitigem Einverständnis durch Aufhebungsvertrag, sei es durch einseitige Vornahme — Rücktritt oder Widerruf — geschieht. Der Grad dieser Unwirksamkeit gehört nicht zu den Begriffsmerkmalen, sondern steht allein im Ermessen der Parteien. Dagegen ergibt sich aus den Ursachen dieser Unterart der eigentlichen Unwirksamkeit ein anderes Sonderbegriffsmerkmal: alle diese aus Parteieingreifen sich ergebende Unwirksamkeit ist nachfolgende Unwirksamkeit. Denn stets haben die Parteien zunächst die Absicht, ein wirksames Rechtsgeschäft vorzunehmen; andernfalls wäre Simulation vorhanden, und Nichtigkeit die Folge. Die Veranlassung der Willensänderung, aus der heraus sie dann ihr eigenes Kind töten, ergibt sich immer erst später.

Die Unwirksamkeit infolge Parteihinzufügung ist scharf zu sondern von derjenigen infolge Gesetzesbedingung. Denn im letzten Falle ist das Rechtsgeschäft, wie sich Zitelmann ausdrückt, unwirksam, weil es nicht wirken *kann*, (gleich dem nichtigen), im ersten Falle, weil es nicht wirken *will*. 79) S. 67 Und gerade in der von dem eigenen Geschäftsinhalt gewollten Unwirksamkeit der von Parteiwegen bedingten Geschäfte zeigt sich deren volle Gültigkeit. 80) S. 67 Noch genauer muß man sagen: Hier zeigt sich nicht nur ihre Gültigkeit, sondern sogar ihre *Wirksamkeit*. Ihre Unwirksamkeit ist gerade Geschäftswirkung, denn sie tritt ein, weil sie von den Parteien für den Fall des Eintretens gewisser Umstände gewollt ist. Unwirksam ist nicht das Geschäft, sondern vielmehr der Gegenstand des Geschäfts 81) S. 67, nicht der Geschäftswille, welcher eine bei Ausfall der Bedingung unwirksame

Geschäftsnorm schaffen wollte und schuf, sondern das Objekt desselben. Im Gegensatz dazu wird im Falle der ausgefallenen Gesetzesbedingung der Geschäftswille selbst unwirksam, welcher eine wirksame Geschäftsnorm schaffen wollte, aber eine unwirksame schuf.

Wenn also in der gewöhnlichen Darstellung das durch Parteibedingung unwirksam gewordene Rechtsgeschäft an dieser Stelle seinen Platz im System und unter den Fällen der eigentlichen Unwirksamkeit findet, so kann dies wohl auch ferner beibehalten werden. Dennoch ist festzuhalten, daß und inwiefern die Konstruktion dieser blos sogenannten ‚eigentlichen Unwirksamkeit' sich dem Begriffe nach grundsätzlich und vollständig von der sonstigen Unwirksamkeit unterscheidet.

Das auflösend bedingte und befristete Rechtsgeschäft ist demnach während eines Schwebezustandes zunächst gültig und wirksam, bis zur Entscheidung seines Schicksals durch das Eintreten der Bedingung oder des Endtermins, welche es dann ‚unwirksam' machen, oder bis die auflösende Bedingung endgültig ausgefallen ist, wodurch es dann endgültig wirksam bleibt.

Umgekehrt ist das aufschiebend bedingte oder befristete Rechtsgeschäft während des Schwebezustandes ‚unwirksam', bis es durch den Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins ‚wirksam' wird oder beim Ausfall der Bedingung ‚unwirksam' bleibt.

Echte Unwirksamkeit infolge Parteieingreifens findet sich dagegen dann, wenn der Geschäftswille von einer möglichen künftigen Unwirksamkeit seines Inhalts nichts gewußt hat, die Parteien aber von außen her durch ein neues Rechtsgeschäft das erste an der Wirksamkeit ganz oder teilweise verhindern. Der Normalfall ist, daß die Parteien durch ein neues Rechtsgeschäft, dessen Inhalt dem des ersten entgegengesetzt ist, in die Wirksamkeit des ersten hineingreifen, und es so — in beliebigem Umfange — unwirksam machen. Es kann hier keine Rede davon sein, daß das Rechtsgeschäft durch die Aufhebung nachträglich nichtig wird; was einmal gültig war, kann nur unwirksam, nicht ungültig werden, es sei denn kraft gesetzlicher Fiktion. Die einzelnen Menschen aber können die Rechtswelt

durch Fiktionen von sich aus nicht beeinflussen. Die Aufhebung kann möglicherweise eine nur relative Unwirksamkeit erzeugen, nämlich dann, wenn Dritte bereits Rechte — in erster Reihe dingliche Rechte — aus dem Rechtsgeschäft erworben haben; man denke nur an gewisse Verträge auf Leistungen an Dritte. Dann ist der Aufhebungsvertrag, wie der aufgehobene, jeder in der entgegengesetzten Richtung des anderen, relativ und teilweise unwirksam.

Einseitig kann in manchen Fällen die Aufhebung durch Widerruf oder Rücktritt Unwirksamkeit erzeugen. Die Wirkung solcher wirksamkeitszerstörender neuer Rechtsgeschäfte 82) S. 67 ist der des Aufhebungsvertrages entsprechend zu beurteilen. Manche nehmen hier an, daß der Widerruf nicht die Wirksamkeit, sondern die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts treffe. 83) S. 67 Aber diese Anschauung läßt sich nicht verteidigen. Das Gesetz kennt eine nachträgliche Nichtigkeit nicht. Auch bei der Anfechtung ist das angefochtene Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig. Das ist hier aber nicht der Fall. So z. B. ist nach § 27 II die Bestellung des Vereinsvorstandes jederzeit widerruflich. Dazu bemerkt Hölder: 84) S. 67 „Der Begriff des Widerrufs hat hier nicht den Sinn einer Bestimmung, durch die der Inhalt der widerruflichen Bestimmung nicht zur Geltung *gelangt*, sondern den Sinn einer Bestimmung, durch die der Inhalt der widerrufenen Bestimmung zu gelten *aufhört*." Hölder setzt auch hier Gültigkeit gleich Wirksamkeit. Aber wenn eine Bestimmung ‚gilt', so braucht sie noch nicht wirksam zu sein, ‚gilt' aber der Inhalt einer Bestimmung, so heißt das eben: die Bestimmung ist wirksam. Es ist auch gar kein Zweifel, daß die Bestellung für die Vergangenheit wirksam bleibt; es liegt also keine verschleierte Anfechtung vor. 85) S. 68 War die Bestellung aber wirksam, ohne daß diese Wirksamkeit, welche auf der Gültigkeit beruhte, nachträglich und „nach rückwärts" 86) S. 68 vernichtet wird, so bleibt die Geltung erhalten. Wirkt die Bestellung trotzdem in Zukunft nicht, so ist sie eben unwirksam, und zwar trotz ihrer Gültigkeit, also ‚eigentlich unwirksam'.

Auch bei der Schenkung bewirkt der Widerruf nicht Nichtigkeit. Wäre dies der Fall, so müßte das „Erlöschen" 87) S. 68 der Schenkung nicht nur dinglich wirken, während es in der Tat nur obligatorisch wirkt, sondern es müßte auch den gesamten Inhalt der Schenkung ergreifen. Es entsteht aber nur ein Anspruch auf Rückgabe der noch vorhandenen Bereicherung. Die nicht mehr vorhandene Bereicherung wird in ihrer Wirksamkeit nicht beeinflußt.

Man betrachte ein weiteres Beispiel: Wenn nach § 2257 der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen wird, so ist die Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre. Aus der Konstruktion dieses Falles geht die blos eigentliche Unwirksamkeit widerrufener Rechtsgeschäfte mit leuchtender Klarheit hervor. 88) S. 68 Wäre die Verfügung nichtig geworden, so hätte sie um der künftigen Wirksamkeit willen von neuem errichtet werden müssen; da sie gültig blieb, wenn auch an der Wirksamkeit behindert, so kann die Gültigkeit durch bloße Beseitigung des Wirksamkeitshindernisses ihre gewöhnliche Wirksamkeit von selbst wieder aufnehmen. Daß auch Fischer und Henle das widerrufene Rechtsgeschäft für gültig halten, beweist deren Bemerkung zu § 2258: „Der Erblasser kann das Wiederaufleben des früheren Testaments dadurch verhindern, daß er gleichzeitig den Widerruf desselben erneuert." Wieder aufleben kann doch nur, was noch existiert, also nicht ein nichtiges Rechtsgeschäft. Endlich bestimmt § 130, I 2 daß eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nicht wirksam wird (d. h. unwirksam bleibt), wenn dem andern vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Hieraus geht ganz klar hervor, daß die Erklärung, welche gültig ist, ihre Wirksamkeit zwar mit dem Zugehen an den anderen beginnen sollte, aber nicht beginnen kann, wenn sie durch ihren Urheber daran verhindert wird, d. h., daß sie ‚eigentlich unwirksam', aber nicht ungültig ist. 89) S. 68

Anders äußert sich die Unwirksamkeit eines durch Rücktritt einer Partei unwirksam gewordenen Vertrages. Während der Widerruf ex nunc wirkt, bewirkt der Rücktritt Unwirksamkeit

ex tunc. Aber diese Unwirksamkeit setzt sich nur mit obligatorischen Mitteln durch, während die auflösend bedingte ‚Unwirksamkeit' dingliche Wirkung hat. Das gilt nicht nur von demjenigen Rücktritt, der auf gesetzlich gewährter Berechtigung, sondern auch von dem, welcher auf vertragsmäßigem Vorbehalt beruht. Doch wird es im Einzelfall schwierig zu entscheiden sein, ob der Rücktrittsvorbehalt nicht etwa nach dem Vertragsinhalt eine echte auflösende Protestativbedingung hat sein sollen. Das ist aber nach § 346 im Zweifel nicht anzunehmen, doch nach besonderer Abrede ist es möglich, und dann treten die dinglichen Wirkungen der auflösenden Bedingung ein. Jedenfalls haben wir es aber auch hier mit einem gültigen, wenn auch unwirksam gewordenen Rechtsgeschäft zu tun. 90) S. 69

C. Eingriffe Dritter als Wirksamkeitshindernisse.

Die Regel ist, daß niemand in die Wirksamkeit fremder Rechtsgeschäfte eingreifen dürfe. Aber das Gesetz gibt auch Vertragsfremden um ihrer entgegenstehenden Rechte willen oder, obwohl solche nicht vorhanden sind, aus Billigkeitsrücksichten die Befugnis, die Wirksamkeit fremder Rechtsgeschäfte zu eigenem Vorteil hindernd zu beeinflussen. Dennoch sind es nur Ausnahmefälle, in denen das Gesetz derartige Vorschriften gibt. Denn die wichtigsten und stärksten Rechte, die dinglichen, haben schon in sich selber eine solche Kraft und Widerstandsfähigkeit, daß — von ausdrücklich bestimmten Ausnahmen abgesehen — jedes gegen sie ankämpfende Rechtsgeschäft an ihrer Dauerhaftigkeit zerschellen muß. Eines Schutzes bedürfen daher nur obligatorische Ansprüche, 91) S. 69 in einzelnen Fällen oder in ganzen Gruppen, da, wo das Gesetz ihrer Durchsetzung einen besonderen Wert beimißt. Aber auch hier greift das Gesetz nicht von selbst ein, indem es derartige Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt, sondern es wird dem Dritten selbst überlassen, von dem Schutze Gebrauch zu machen, den ihm das Gesetz durch Gewährung des Eingriffsrechtes 92) S. 69 bietet. Der Eingriff

kann die Wirksamkeit aber niemals in weiterem Umfange hindern, als es zu Gunsten des Dritten notwendig ist, so daß die Wirkungen gegenüber anderen und unter den Vertragschließenden regelmäßig durch den Eingriff nicht berührt werden. Daher findet sich gerade hier eine überwiegende Zahl relativ und teilweise unwirksamer Rechtsgeschäfte.

Eine Gruppe solcher relativ und teilweise unwirksamer Rechtsgeschäfte bildet der § 135, welcher alle diejenigen Verfügungen für unwirksam erklärt, welche gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstoßen, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt. Diese Verfügungen bleiben gültig und sind unter den Vertragschließenden und gegenüber Fremden wirksam, unwirksam aber in dem notwendigen Umfange gegenüber denen, deren Schutz das Verbot bezweckt. Indessen besteht über den Grad dieser Unwirksamkeit für fast sämtliche Fälle dieser Gruppe die größte Meinungsverschiedenheit. Der Kern des Streites ist die Frage, ob die Unwirksamkeit von selbst eintritt, d. h. ob das Gesetz seinerseits in die Wirksamkeit selber eingreift, oder ob der Geschützte die Unwirksamkeit erst von sich aus durch eigenes Eingreifen in das Rechtsgeschäft herbeiführen muß. 93) S. 69 Nach den Ausführungen der Motive (I, 212) und der Protokolle (I, 124/5) muß aber angenommen werden, daß der Geschützte die Unwirksamkeit erst durch eigene Tätigkeit herbeiführen muß. 94) S. 69 Dies geht auch aus einer Gegenüberstellung der §§ 135 und 134 hervor. Im § 134 liegt ein allgemeines öffentliches Interesse an dem Verbot vor, dem zufolge das Gesetz das verbotene Rechtsgeschäft für nichtig, ausnahmsweise für unwirksam erklärt. Wo ein solches allgemeines Interesse nicht vorliegt, sondern nur das Bedürfnis, einem Dritten Schutz gegen unbilligen Schaden zu gewähren, begnügt sich die Rechtsordnung, den gewünschten Rechtserfolg, den Schutz des Dritten herbeizuführen. Aber dieser beeinträchtigt das Rechtsgeschäft nur, soweit der Dritte jene Verfügung als rechtliche Kränkung empfindet und gegen sie ankämpft. Verlangt der Dritte den Schutz nicht, so bedarf er dessen eben

nicht. Die Rechtsordnung schützt aber nur die Menschen, welche dies nicht selbst zu tun imstande sind, und überläßt es im übrigen ihnen selbst, ihre Ansprüche geltend zu machen und durchzusetzen. In der gleichen Lage sind die demnächst behandelten Geschäfte, welche unter die Vorschrift des § 226 fallen. Damit steht es in vollem Einklang, daß der Anspruch des Geschützten der Verjährung 95) S. 70 unterliegt. Wäre die Verfügung von vornherein und auch ohne Tätigkeit des Geschützten unwirksam, so wäre die rechtliche Stellung des Geschützten tadellos, er hätte nur einen Anspruch auf tatsächliche Herbeiführung des Zustandes, welcher seiner von je vorhandenen rechtlichen Stellung entspricht. Diese Stellung widerspricht seinem Anspruch nicht, mithin könnte sie von der Verjährung nicht betroffen werden, sondern nur dadurch, daß infolge der Ersitzung seitens des im Besitz Befindlichen ein durch gleichzeitigen Eigenbesitz stärkeres Gegenrecht entsteht, welches der Geltendmachung und Ausnutzung der Rechtsstellung des Geschützten dauernd entgegensteht. 96) S. 70 Solche Veräußerungsverbote enthalten z. B. die §§ 407, 892, 2113, 2115.

Eine weitere Gruppe bildet die Vorschrift des § 226: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Hier ist es völlig klar, daß nur derjenige, welchem gegenüber das Recht in einer lediglich schadenstiftenden Weise ausgeübt war, imstande ist, die Unwirksamkeit herbeizuführen, daß er sie aber erst geltend machen muß. Der ursprüngliche Wortlaut brachte dies Erfordernis einer ausdrücklichen Zurückweisung auch äußerlich zur Erscheinung, indem er die Fassung: „Er kann die Ausübung zurückweisen" wählte. Ohne die Zurückweisung ist das Rechtsgeschäft gültig und voll wirksam 97) S. 71 und auch nachher ist im Zweifel — abgesehen von den Regeln über teilweise Unwirksamkeit 98) S. 71 — nur der durch die berechtigte Zurückweisung betroffene Teil des Rechtsgeschäfts, und nur demjenigen gegenüber, welchen er lediglich schädigt, unwirksam. Besonders festgesetzt ist dieselbe Bestimmung, abgesehen von den §§ 138 I und 826, noch für Einzelfälle, z. B.

in den §§ 324 I 2, 615 2, 633 II, 649 2, 905, 910 II, ferner 1353 II, 1354 II, 1357 II 2, 1358 II 2 u. 1, u. a.

Ein Eingriffsrecht Dritter wegen ihrer entgegenstehenden Rechte auf Grund besonderer gesetzlicher Erlaubnis wird endlich in zwei Einzelfällen gewährt. Nach § 35 können Sonderrechte eines Mitgliedes nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden. „Die Art und Weise, in welcher ein Sonderrecht durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt wird, bestimmt sich durch den Inhalt des Rechts". 99) S. 71 Der Beschluß ist hier dem Mitgliede gegenüber unwirksam, sonst aber wirksam, also auch gültig. Etwaige dadurch übernommene Verbindlichkeiten Dritten gegenüber bleiben wirksam, und soweit sie durch den Eingriff des Dritten unwirksam gemacht sind, können sie unter Umständen eine Schadensersatzpflicht begründen, da ihre Geltung und wenigstens obligatorische Wirksamkeit regelmäßig nicht erschüttert wird. 100) S. 71

Ebenso verhält es sich im § 506: Eine Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht, oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam. „Ungültig ist deshalb eine solche clausula inter contrahentes natürlich nicht, sie ist sogar für den Verpflichteten sehr ratsam, um sich der sonst drohenden Gefahr zu entziehen, zwei verschiedenen Käufern verpflichtet und gegebenen Falls ersatzpflichtig zu werden." 101) S. 72

Recht eigentliches Eingreifen in ein nicht nur gültiges, sondern ohne den Eingriff auch voll wirksames Rechtsgeschäft findet sich noch in zwei Fällen, nämlich in denen der §§ 357 und 450 II. Hier kann der Gegner 102) S. 72 kraft besonderer gesetzlicher Erlaubnis das gültige und wirksame Rechtsgeschäft des Gegners durch seine mit der Aufrechnungserklärung verbundene Zurückweisung der Kündigung oder des Rücktritts wieder unwirksam machen.

D. Zustände als Wirksamkeitshindernisse.

Eingriffe in die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften können natürlich nur von willensfähigen Rechtssubjekten ausgehen. Aber auch gewisse Tatbestände können, ohne die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts zu beeinträchtigen, seiner Wirksamkeit hemmend im Wege stehen.

Ganz allgemein gehören hierher die Fälle, in denen die Unmöglichkeit des Inhalts eines Rechtsgeschäfts dessen Wirksamkeit beeinträchtigt, ohne dessen Gültigkeit zu berühren. 103) S. 72 Nur bei Verträgen hat die gleich anfängliche Unmöglichkeit Nichtigkeit zur Folge, bei allen übrigen Fällen ursprünglicher und sämtlichen Fällen der nachträglichen Unmöglichkeit ist das Rechtsgeschäft blos unwirksam. Diese Unwirksamkeit tritt in den verschiedensten Graden und Formen auf; doch soll auf sie hier näher nicht eingegangen werden, weil jene vielfachen Verschiedenheiten weder grundsätzlicher noch begrifflicher Art sind, sondern Zweckmäßigkeitsunterschiede darstellen.

Hiervon abgesehen ist die rein tatsächliche Unwirksamkeit nicht so sehr häufig. Sie kommt z. B. vor im § 319 II. Der Fall steht dem der nachträglichen Unmöglichkeit nicht gleich, aber doch nahe. Der Vertrag bleibt gültig, wie er war, wenn der Dritte — aus irgend einem gleichgültigen Grunde — die Leistung nicht bestimmt. 104) S. 72 Möglich ist hier eine vorübergehende Unwirksamkeit, wenn nämlich die Leistung noch durch Urteil oder sonst irgendwie bestimmt werden kann. Dann wird der Vertrag später wirksam. Ist dies unmöglich, so tritt völlige Unwirksamkeit ein. Durchaus abzulehnen ist die Auffassung, es liege hier ein Vertrag mit stillschweigender auflösender Bedingung vor. Denn von einer Auflösung auf diese Weise hat der Geschäftswille bei der Geschäftserrichtung nichts wissen wollen und nichts gewußt. Gleichgültig für die Natur dieser Unwirksamkeit ist es auch, ob der Dritte durch die Nichtbestimmung der Leistung seinerseits einer Verbindlichkeit zuwider handelt. 105) S. 72

Ein wahres Schulbeispiel für Unwirksamkeit infolge rein tatsächlicher Wirksamkeitshemmung enthält § 790 [1]. Ein sonst zulässiger, voll gültiger und voll wirksamer Widerruf einer Anweisung ist unwirksam, wenn die Anweisung schon angenommen, oder die Leistung schon bewirkt ist. Niemand greift hier in die Wirksamkeit des Widerrufs ein, das Hindernis der Wirksamkeit desselben ist ein rein tatsächlicher Zustand, der vielleicht ganz zufälligerweise vorhanden ist, etwa bei verspätetem Zugange des Widerrufs. (Zustimmend die allgemeine Meinung.)

IV.

Folgerungen und Forderungen.

Ein Vergleich der Ergebnisse dieser Untersuchung mit der Gestaltung der Lehre von der Unwirksamkeit im Gesetzbuch, lehrt zweierlei. Was zunächst den Begriff Unwirksamkeit anlangt, so ist es trotz der Schwierigkeit, welche der einheitlichen Umgrenzung und Gestaltung dieser Lehre infolge der früheren Unklarheit und Zersplitterung der Wissenschaft und der Gesetze entgegen standen, dem Gesetzgeber gelungen, diesen Begriff als allgemeine und als eigentliche Unwirksamkeit scharf zu umgrenzen und klar und folgerichtig bis in die letzten Ausläufer und Einzelheiten hinein durchzuführen. Nach dieser Richtung also ist die Tätigkeit des Gesetzgebers durchaus erfolgreich gewesen.

Weniger glücklich ist das Gesetzbuch in dem Bestreben, die gewonnenen Begriffe in die entsprechenden Ausdrucksformen zu gießen. Nicht nur werden allgemeine und eigentliche Unwirksamkeit in der Bezeichnung nicht unterschieden, 106) S. 72 sondern werden beide ‚unwirksam' genannt; vor allem wird auch die eigentliche Unwirksamkeit mit den verschiedensten Ausdrücken belegt. So finden sich im Gesetzbuch die Ausdrücke ‚kann nicht', ‚unwirksam', ‚darf nicht', ‚unzulässig', ‚ist ausgeschlossen', (z. B. § 273 III 2), ‚es kann nicht geklagt werden', ‚es besteht keine Verbindlichkeit', u. a. Andererseits finden sich Ausdrücke, welche, wie ‚kann nicht' und ‚unzulässig', mehreren Begriffen ein Unterkommen zu bieten haben. Die Folge

ist naturgemäß heller Streit über die Bedeutung aller dieser Ausdrücke. Hier ist dringend eine einheitliche Wortverwendung zu verlangen. Denn erst in zweiter Linie „gilt für den Gesetzgeber das Schönheitsprinzip variatio delectat;“ 107) S. 73 über dem Reiz abwechselungsreicher Sprache steht bei Gesetzbüchern das Bedürfnis klarer, eindeutiger Bestimmungen. Freilich waren hier die Schwierigkeiten fast unüberwindlich. Ein einheitlicher Sprachgebrauch fehlte ebenso gut, wie eine einheitliche Begriffsbildung. Ja, es konnte sogar möglich sein, daß erklärt wurde, der Geist der deutschen Sprache sei für die Feinheiten der Rechtsbegriffe nicht empfindlich genug, alle in Betracht kommenden Ausdrücke besagten dasselbe, man müsse darauf verzichten, richtige Ausdrücke zu finden. 108) S. 74 Aber es ist umgekehrt: Die deutsche Sprache ist imstande, viel feinere Unterscheidungen bequem vorzunehmen und auszudrücken, als deren für die Bedürfnisse der Rechtswissenschaft von Nöten sind.

Und wenn der unmittelbare Nutzen solcher Untersuchungen, wie die vorliegende, für die unmittelbare Rechtsanwendung weniger erheblich ist, so besteht ihr Wert darin, für den Gesetzgeber das Material zu künftigen gesetzgeberischen Arbeiten zusammen zu schaffen. Denn nicht den Abschluß unserer Wünsche und Bestrebungen bildet das Bürgerliche Gesetzbuch, sondern es ist nur erst der erste Ast an dem Baume gemeindeutscher Rechtsentwicklung. Wenn aber das, was die Wissenschaft an Feststellungen zusammen trägt, sich wieder einmal in neue Frucht an jungem Aste umzusetzen beginnt, dann ergibt es sich als eine der ersten Forderungen: Jedem Begriff seinen Ausdruck, aber auch jedem Ausdruck seinen Begriff!

Anmerkungen.

1) Zu Seite 7.

„Man darf . . . . . schließen, daß der Begriff sich weniger aus den dargestellten Sachen selbst, als aus der Art und Weise ihrer Darstellung ergibt.“ Pernice bei Grünhut, Bd. VII, 466.

2) Zu Seite 8.

Siehe Anm. 5) Seite 48.

3) Zu Seite 8.

Nach Neumann, Studie über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft, in der Berliner Festschrift für Wilke S. 213, f.

4) Zu Seite 8.

Aus Institutionen, III, 19, § 8/9 schließt nun allerdings Leonhard a. a. O. 252) infolge des Ausschlusses gewisser Personen von den ‚negotia‘ auf den Begriff der Rechtshandlung, d. h. des Rechtsgeschäfts i. w. S. Dagegen sagt Pernice (bei Grünhut VII 466) „daß die römischen Juristen weder einen entsprechenden Ausdruck — negotium hatte einen viel engeren Sinn — noch eine so weit gehende Abstraktion hatten, ist freilich bekannt genug.“ Noch entschiedener derselbe Labeo (1. Aufl. 1873) 403, ff. u. a.: „Das Wort negotium hatte jedenfalls diesen Sinn nicht.“ Negotium sei einerseits mehr, andererseits weniger. Ebenso Jacobi a. a. O. 58: „Bekanntlich haben die Römer das Rechtsgeschäft als einheitlichen Begriff nicht gekannt, wenngleich Anklänge daran . . . . bei ihnen vorkommen.“

5) Zu Seite 8.

Das Gesetzbuch gibt keine Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäftes. Die Motive indessen nennen Rechtsgeschäft „eine private Willenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist." Diese Begriffsbestimmung entsprang der unbedingten Annahme der Willenstheorie im ersten Entwurf. Indessen erlitt diese Willenslehre später, obwohl sie grundsätzlich beibehalten wurde, einige wesentliche Einschränkungen durch Sätze, die sich in der Richtung auf den Standpunkt der Erklärungstheorie bewegten. Man stellte fest, daß die Rechtsordnung auch einen nicht vorhandenen Willen unter Umständen dem Erklärenden als vorhanden zurechnen könne, weil er erklärt sei, wie es bei der Mentalreservation geschieht. Dem entspricht die Aufnahme des Zusatzes „oder weil er von ihr als gewollt fingiert wird" in die obige Erklärung des Rechtsgeschäftsbegriffs.

Aus der Begriffserklärung der Motive fallen diejenigen Willenserklärungen heraus, welche eine bloße Mitteilung enthalten, die nicht ein Rechtsverhältnis zu schaffen bestimmt sind. Daß dies mit Recht geschieht, ist allgemeine Meinung und auch hier angenommen.

Es fallen ferner diejenigen rechtlichen Handlungen und Erklärungen heraus, deren Folge nicht ein durch den Erklärenden geschaffenes Rechtsverhältnis ist, sondern deren Wirkungen durch das Gesetz bestimmt werden, die also nicht deswegen eintreten, weil sie gewollt sind, sondern weil das Gesetz sie als Folge der Erklärungsabgabe bestimmt hat. Diese nannte man Rechtshandlungen, und stellte sie den ‚Rechtsgeschäften i. e. S.' gegenüber.

Von Neueren, in erster Linie von Manigk und Hellmann, wurde nun darauf hingewiesen, daß bei dieser Begriffsbestimmung, deren entscheidendes Merkmal die Erklärung eines privatrechtlichen Willens ist, eine Gattung von rechtlichen Geschäften in der Luft schwebe, welche man als „Willensgeschäfte" (Manigk) oder als „Verwirklichungsgeschäfte" (Hellmann), oder wohl auch als

„Willensverwirklichungen" (Endemann) bezeichnet hat. Diese unterscheiden sich von den bisher sogenannten Rechtsgeschäften dadurch, daß der Wille in ihnen nicht erklärt wird, sondern durch sie selbst verwirklicht wird, ohne Rücksicht auf eine Kundmachung gegenüber der übrigen Rechtswelt; von den Rechtshandlungen unterscheiden sie sich dadurch, daß sich an sie, wie bei den Rechtsgeschäften, rechtlich geschützte Wirkungen anschließen, welche nicht vom Gesetz, sondern von dem Privatwillen ihres Urhebers bestimmt werden. Manigk und Hellmann erklären daher, es erweise sich als falsch, die Erklärung des Willens als Scheidungsmerkmal der Rechtsgeschäfte den Rechtshandlungen gegenüber anzunehmen. Es sei zweifellos, daß auch die Willensgeschäfte Rechtsgeschäfte seien, also müsse es genügen, daß der Erfolgswille vorhanden sei, wenn er auch garnicht an dritte Personen sichtbar herantrete. Dieser Meinung, der noch von vielen (wie von Dernburg) heftig widersprochen wird, ist zuzustimmen. Freilich bleibt zu erwägen, ob nicht selbst das Erfordernis des Erfolgswillens zu weit gehend ist. Z. B. die Verarbeitung oder die Verbindung von Sachen durch einen Willensunfähigen ist offenbar ein Rechtsgeschäft in dem eben vorgetragenen Sinne, obwohl ein Erfolgswille (z. B. bei einem Wahnsinnigen) zweifellos fehlt. Diese Unebenheit kann man als Ausnahme erklären; vielleicht empfiehlt es sich auch überhaupt, nur negativ zu definieren: ein Rechtsgeschäft sei vorhanden, wenn die Wirkungen einer Handlung in ihrem Einzelinhalt nicht durch das Gesetz bestimmt werden. Indessen verändert sich durch diese Erwägung der Kreis der hier als Rechtsgeschäfte aufgefaßten Rechtshandlungen nicht. In der obigen Erklärung ist aus diesen Gründen, unter der Beachtung der Erwägung, daß erst die Rechtsordnung es ist, welche in freiwilliger Anlehnung an den Privatwillen das gewollte Rechtsverhältnis zur rechtlich geschützten Verwirklichung bringt, das Wort Willenserklärung durch Willensäußerung ersetzt worden, wobei Aeußerung in dem weitesten Sinne zu verstehen ist, in welchem sie keinen

Empfänger verlangt, sondern nur irgend wie rein tatsächlich ‚sich äußert'.

Nur eine Abweichung der Wortfassung, nicht des Begriffsinhalts bedeutet die Ersetzung der Worte der Motive „auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher . . . . . eintritt" durch die Worte der obigen Erklärung „auf Schaffung eines Rechtsverhältnisses, welches . . . . . verwirklicht wird."

6) Zu Seite 8.

Vergl. Jacobi a. a. O. 68. Der Begriff, „welcher seine historische Wurzel lediglich im deutschen Sprachgebrauche hat," „hat sich demnach diesem Sprachgebrauch so eng als möglich anzuschließen."

In diesem Sinne (aus dem Sprachgebrauch) sei folgende Ableitung versucht: Geschäft bedeutet Schaffung, Rechtsgeschäft: Schaffung von Recht. Ein Rechtsgeschäft ist also dann vorhanden, wenn durch eine Rechtshandlung neues Recht (im Sinne von Norm für die Parteien) geschaffen wird, aber nicht, wenn vorhandenes Recht (das Gesetz) nur durch eine Handlung ausgelöst und in Tätigkeit gesetzt wird. Also auch sprachlich steckt im Begriff des Rechtsgeschäfts die weitere Zahl der durch die obige Erklärung umfaßten, durch den Erfolgswillen bestimmten Rechtsgeschäfte.

7) Zu Seite 8.

Windscheid-Kipp, a. a. O. 267, Anm. 1 (8. Aufl.). Ähnlich Gradenwitz a. a. O. 326. Schloßmann (der Vertrag 129 ff.) verwirft den Begriff als „wissenschaftlich wertlos" gänzlich.

8) Zu Seite 9.

In solchen Fällen wie § 8 (vergl. auch K. O. § 29), kann man aus der ausdrücklichen Vorschrift entnehmen, daß nach dem Gedanken des Gesetzes nur eine Rechtshandlung vorliegt; denn bei Rechtsgeschäften brauchen die für diese geltenden Vorschriften nicht erst für anwendbar erklärt werden.

9) Zu Seite 10.

Zitelmann a. a. O. 101.

10) Zu Seite 10.

Eck a. a. O. 42.

11) Zu Seite 11.

Das B. G. B. freilich vermeidet den Gebrauch des Ausdrucks Ungültigkeit sorgfältig, worauf noch mehrfach zurückzukommen ist.

12) Zu Seite 11.

Hellmann, Vorträge, 118 u. 122 unterscheidet sogar im Gegensatz zu der weiteren eine engere und eine engste Unwirksamkeit. Unter der letzteren versteht er die relative Unwirksamkeit.

13) Zu Seite 11.

Dernburg a. a. O. 347/8.

14) Zu Seite 12.

Ähnlich auch Hellmann, Vorträge 113: „Die Ungültigkeit als Eigenschaft von Rechtsgeschäften wird gedacht, wenn auch nicht ausgesprochen."

15) Zu Seite 12.

B. G. B. §§ 122, 700 u. a. Ebenso auch Crome a. a. O. I, § 80 Anm. 3. Vergl. auch hier Anmn. 16, 20, 36.

16) Zu Seite 12.

Auch Hachenburg a. a. O. 134 tritt für das tatsächliche Vorhandensein des Begriffs Ungültigkeit ein, gibt ihm aber durch Einbeziehung der Anfechtbarkeit in dieselbe eine größere Ausdehnung, als angängig ist. Im Art. 198 des E. G. ist Ungültigkeit gleich Nichtigkeit. Vergl. auch Anm. 36 (S. 56).

17) Zu Seite 12.

Savigny a. a. O. IV 536 ff.

18) Zu Seite 12.

So: Motive 217; Düringer-Hachenburg a. a. O. 32; Planck S. 145; v. d. Pfordten a. a. O. 137; Matthiaß a. a. O. 230; Crome a. a. O. 346; Dernburg a. a. O. 349; Enneccerus a. a. O. 270.

19) Zu Seite 12.

So Cosack a. a. O. 157; Schloßmann, Lehre vom Zwange, 17.

20) Zu Seite 12.

Hölder (a. a. O. S. 234 ff), der Wirksamkeit und Gültigkeit gleichsetzt, sagt S. 240: „Ungültig ist eine Willenserklärung, deren rechtliche Geltung von Rechtswegen ausgeschlossen ist. Unwirksam ist eine Erklärung ohne rechtliche Geltung, sollte sie auch eine andere rechtliche Bedeutung haben. Nichtig ist sie, wenn auch die Möglichkeit ihrer zukünftigen rechtlichen Geltung ausgeschlossen ist." Das ist natürlich falsch, wie sich noch näher ergeben wird; begriffliche Unterschiede können nicht auf bloße äußerliche Erscheinungsverschiedenheiten aufgebaut werden, sondern müssen die Ursachen dieser Verschiedenheiten enthüllen. — Für die im Text vertretene Ansicht und gegen Hölder auch Crome a. a. O. I § 80 Anm. 3.

21) Zu Seite 13.

Richtig dagegen Leonhard a. a. O. 424, 428; Endemann a. a. O. 366; Zitelmann a. a. O. 102. Auch Jacobi a. a. O. 73: „Die (bloße) Unwirksamkeit ist kein unterscheidendes Merkmal der Rechtsgeschäfte." Unter den vollendeten, aber nicht wirksamen Rechtsgeschäften scheidet er daher

a) die ergänzungsunfähigen (nichtigen),
b) die ergänzungsfähigen (heilbaren), welche er also, da sie heilbar sind, nicht nichtig nennt.

22) Zu Seite 13.

So z. B. Enneccerus a. a. O. 270 Anm. 1.

23) Zu Seite 13.

Leonhard a. a. O. 424 ff.; Endemann a. a. O. 366.

24) Zu Seite 13.

So richtig: Leonhard a. a. O. 424 ff.; Zitelmann a. a. O. 102.

25) Zu Seite 13.

Cosack a. a. O. 157; dessen Meinung für die hier unter 1) behandelten Fälle zutrifft. Vergl. auch Christians a. a. O. 7 f.

26) Zu Seite 13.

Für die hier behandelten Fälle trifft die Meinung der oben Anm. 18 (S. 52) genannten zu.

27) Zu Seite 15.

Über das Wesen der „heilbaren Nichtigkeit" und ihre Abgrenzung nach Begriff und Wirkungen gegenüber der vollständigen (eigentlichen) Unwirksamkeit sind die Anschauungen in der Literatur noch vielfach schwankend oder selbst ungeklärt zu nennen.

Ganz auf dem Boden der im Texte vertretenen begrifflichen Konstruktion steht Dernburg, der a. a. O. I, 348 (§ 115 II, 3) sagt: „Nichtigkeit nach dem Begriff des B. G. B. ist stets unheilbar; Unwirksamkeit ist in zahlreichen Fällen heilbar." Dernburg lehnt also ebenfalls ab, den Begriff Unwirksamkeit auf dem Umfange der Wirkungen desselben aufzubauen.

Ganz denselben Standpunkt vertritt mit Nachdruck und ausführlich Crome a. a. O. I 355 f.

Manche, wie z. B. Cosack lassen diese Fragen völlig unerörtert. Hölder a. a. O. 312 f. läßt eine bestimmte Stellungnahme nicht erkennen, was die Frage nach der Heilbarkeit der

Nichtigkeit anlangt. Den Unterschied zwischen Nichtigkeit und eigentlicher Unwirksamkeit beachtet er überhaupt niemals.

Grundsätzlich entgegengesetzter Meinung ist Enneccerus a. a. O. I, 270 Anm. 1, indem er eine heilbare Nichtigkeit nicht kennt, sondern das unheilbar unwirksame und das nichtige Rechtsgeschäft praktisch und begrifflich gleichsetzen will, und demgemäß auch für beides einen einheitlichen Ausdruck fordert.

Das Wesen der Streitfrage scheint Leonhard zu verkennen, wenn er a. a. O. 533 f. die Frage nach der Haltbarkeit der Rechtsgeschäfte im Gegensatz zu ihrer Bestätigung „eine nur stilistische Frage" nennt, nämlich „die Frage, ob man die Bestätigung Heilung nennen solle oder nicht." Dagegen spricht er a. a. O. 535 f. neben „unheilbarer Nichtigkeit" von „unheilbarer Unwirksamkeit," ohne indessen zwischen beiden einen praktischen Unterschied anzugeben. Dennoch gibt es solche mehrfach, wie im Laufe dieser Untersuchung wiederholt erwiesen ist, wenn auch jene Unterschiede mehr in den Reflexerscheinungen der Rechtsgeschäfte liegen, als in der Wirksamkeit der Geschäftsinhalte. Vergl. insbesondere hier S. 16, 27 f., 29 u. a. m.

Sehr klar in der Sache, wenn auch etwas irreführend im Ausdruck schreibt in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht Jacobi a. a. O. 77. Er behandelt hier die Heilbarkeit geradezu als Kennzeichen der unwirksamen Rechtsgeschäfte den nichtigen gegenüber. (‚Ungültigkeit' soll bei ihm hier ‚schwebende Unwirksamkeit' bedeuten. Vergl. auch a. a. O. 137, Anm. 158a). Noch schärfer sagt er Seite 81:

A) Nichtigkeit. Merkmale: Unheilbar . . . .

B) Ungültigkeit Unwirksamkeit. Merkmale: Heilbar . . . .

Vergl. ferner denselben a. a. O. 111 und noch sonst vielfach.

Bei der Abgrenzung der vollständigen Unwirksamkeit gegenüber der Nichtigkeit begnügt sich auch er mit begrifflichen Unterschieden, während er die praktischen Verschiedenheiten als begrifflich unerheblich bei Seite läßt.

28) Zu Seite 16.

Der Begriff Anfechtbarkeit im B. G. B. ist verschieden von dem anderer neuerer Reichsgesetze, wie z. B. der K. O. Es ist deshalb unzulässig, ihn anders, als aus dem B. G. B. zu konstruieren. Vergl. Anm. 34 (S. 56) gegen Endemann, welcher dazu neigt, einen abstrakten Begriff Anfechtbarkeit zu konstruieren, was m. E. nicht möglich ist. In der Tat ist es bestritten, ob der Begriff Anfechtbarkeit ein einheitlicher oder materieller sein könne. Jedenfalls ist er in der K. O. ein anderer, als im B. G. B. Dort ist als Folge der Anfechtung das bestimmt, was man im B. G. B. eigentliche Unwirksamkeit nennt, im B. G. B. ist die Folge der Anfechtung Nichtigkeit. Jene wirkt nur relativ, obligatorisch, ex nunc, während die des B. G. B. ausnahmslos absolut, dinglich, ex tunc gestaltet ist. So richtig Karl Meyer, „Fragen aus dem Anfechtungsrecht," Blätter f. R.-Anw. LXV, S. 260 ff.

29) Zu Seite 16.

Diese Ausdrucksweise der Motive stellt eine gewisse Ungenauigkeit dar. Nicht die Anfechtbarkeit, sondern der Zustand des angefochtenen Rechtsgeschäftes ist Ungültigkeit. Es hätte etwa heißen müssen: Schwäche oder dergl. Natürlich ist hiermit nicht etwa gemeint, daß die Motive Anfechtbarkeit wirklich für Ungültigkeit ansehen.

30) Zu Seite 17.

B. G. B. § 142.

31) Zu Seite 17.

Ähnlich Hellmann, Vorträge 119; Bruck a. a. O. 29. Dagegen: Schlottmann a. a. O. 45, Anm. 3.

32) Zu Seite 17.

Jacobi, a. a. O. 56. Dagegen mit Unrecht Endemann a. a. O. 371.

33) Zu Seite 17.

Jacobi a. a. O. 75.

34) Zu Seite 17.

Endemann a. a. O. 372, ähnlich auch Windscheid. — Es mag dahingestellt bleiben, ob Endemanns Konstruktion an sich etwa richtiger wäre, als die des Gesetzes. Daß das Gesetz auch nach Endemanns Meinung auf dem im Texte vertretenen Standpunkt steht, muß dieser selbst zugeben, wie aus seiner Anm. 9 a. a. O. hervorgeht.

35) Zu Seite 17.

So Windscheid-Kipp a. a. O. 363; Mitteis a. a. O. 112 ff.; gegen ihn Jacobi a. a. O. 76, Anm. 39. Eck a. a. O. 41 spricht von relativer Unwirksamkeit. Sehr eigenartig ist Monich, der sowohl Nichtigkeit, als auch Anfechtbarkeit (!) in vollständige (absolute) und unvollständige (relative) einteilt. Vergl. auch hier Anm. 39 (S. 57).

36) Zu Seite 18.

Es wird hieraus erklärlich, weshalb das Gesetzbuch den Ausdruck Ungültigkeit vermeidet. Im B. G. B. ist die Nichtigkeit der einzige Ungültigkeitsfall geblieben, die übrigen sind ausgefallen; für diesen einen Fall lag nicht mehr die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Erwähnung eines Oberbegriffs vor. Ob dieser für die Wissenschaft begrifflich zu entbehren ist, mag hier dahingestellt bleiben. Vergl. auch hier Anm. 16 (S. 51).

37) Zu Seite 18.

Jacobi a. a. O. 76 in Anm. 39, 89 in Anm. 65 und 118.

38) Zu Seite 18.

D. h. auch durch Erfüllung in Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis der Anfechtbarkeit.

39) Zu Seite 18.

Wie es alle diejenigen tun, welche das anfechtbare Rechtsgeschäft für ungültig halten, so z. B. Priehm a. a. O. 54: „Unwirksamkeit dient im B. G. B. als Oberbegriff für Nichtigkeit und Anfechtbarkeit." Hachenburg a. a. O. 133/34: „Man darf beide (Nichtigkeit und Anfechtbarkeit) trotz der Streichung des Oberbegriffs unter den Begriff Ungültigkeit zusammenfassen." Anders besonders Bruck a. a. O. 29. Vergl. auch hier Anm. 16 (S. 51) und Anm. 36 (S. 56). Als Gegensatz zu Cosack, welcher die allgemeine Unwirksamkeit unbeachtet läßt, kennt Monich nur diese, welche er in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einteilt. Die eigentliche Unwirksamkeit ist bei ihm relative Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im Gegensatz zur absoluten. Siehe auch hier Anm. 35 (S. 56).

40) Zu Seite 19.

Gleicher Ansicht die allgemeine Meinung: Staudinger § 344, Ziffer 5, Oertmann § 344, Schollmeyer S. 253/54, Planck S. 125/26 erwähnt die Nichtigkeit nicht ausdrücklich, ist aber offenbar auch hierin der im Text vertretenen Ansicht.

41) Zu Seite 19.

Unter den § 344 fällt auch der Tatbestand des § 1297. II Dabei ist es auffällig, daß dieser Abs. II, der dem entsprechenden § 1227 des Entwurfs I fehlte, ausdrücklich hinzugefügt wurde. Planck erklärt dies deshalb für nötig, weil das Verlöbnis, welches nach dem ersten Entwurf unter die unwirksamen Rechtsgeschäfte zu zählen gewesen sei, im Gesetz nicht unwirksam, sondern „nur klaglos" gemacht sei. Dem ist aber keineswegs so. Wenn der erste Entwurf im § 1227 bestimmte: „Aus einem Verlöbnis entsteht keine Verbindlichkeit zur Eingehung der Ehe," so ist das ebensogut Unwirksamkeit, wie es in der Fassung des § 1297 des Gesetzbuchs Unwirksamkeit ist, wenn dieser sagt: „Es kann nicht auf Eingehung einer Ehe geklagt werden."

Der Grund der Einfügung des Abs. II in den § 1297 liegt garnicht in diesem, sondern im § 344 begründet. Dieser lautete als § 424 des ersten Entwurfs: „Erklärt das Gesetz eine Verbindlichkeit für unwirksam usw." Als Verbindlichkeit war auch das Verlöbnis erklärt worden, es fiel also unter § 424. Dagegen lautet der § 344 B. G. B.: „Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung usw." Da die Eingehung einer Ehe füglich nicht als Gegenstand einer versprochenen ‚Leistung' angesehen werden kann, das Versprechen der Eingehung einer Ehe nicht als ‚Versprechen einer Leistung', so wurde es notwendig, die Unwirksamkeit der Vertragsstrafe für den Fall des § 1297 B. G. B. nun noch besonders festzusetzen. Jedenfalls ist also hieraus nicht etwa zu schließen, daß das Gesetz die klaglosen Verbindlichkeiten aus den unwirksamen ausscheiden wolle. Hierüber ist unten noch ausführlich zu handeln.

42) Zu Seite 20.

Wie Hachenburg a. a. O. 133, welcher übrigens nicht nur für diesen Fall, welcher ihm bloß als Beispiel dient, die anfechtbaren Rechtsgeschäfte unwirksam nennt. Vergl. auch oben Anm. 39 (S. 57).

43) Zu Seite 21.

Dieser erkennt, wie aus seiner Anm. 1 a. a. O. 270 hervorgeht, hier nicht das Vorliegen des allgemeinen Unwirksamkeitsbegriffs an, sondern nur das Vorliegen von Unwirksamkeit infolge Nichtigkeit. Daher wünscht er, daß auch im Gesetz statt ‚unwirksam', ‚nichtig' gesetzt wäre. Seine Ansicht ist falsch. Dagegen scheint er für die §§ 409 und 2085 die allgemeine Unwirksamkeit zuzugeben; wenigstens führt er diese §§ in seiner Aufzählung gleichartiger Fälle (a. a. O. am Ende) nicht an.

44) Zu Seite 21.

Die im Text vertretene Ansicht teilt auch Stammler a. a. O. 160. Auf die Gegenäußerungen Oertmanns, die sich nur teil-

weise und mittelbar auf dem Gebiete dieser Abhandlung bewegen, sei hier nicht weiter eingegangen.

45) Zu Seite 22.

Die Bezeichnung ‚eigentliche Unwirksamkeit' erscheint mir deshalb angebracht, weil, wie sich ergeben wird, erstens hier nichts als bloße Unwirksamkeit — „reine" Unwirksamkeit nennt sie Markwald aus ähnlichen Erwägungen heraus — nicht auch noch Nichtigkeit vorliegt, und weil derartige Rechtsgeschäfte gültig und doch unwirksam, nicht, wie die nichtigen, ungültig und deshalb unwirksam, unwirksam gleichsam im Nebenamt sind.

Es sei bei dieser Gelegenheit darauf hingewiesen, daß es ein grober Sprachfehler ist, ‚Begriff „der" Unwirksamkeit' zu sagen. Fast alle Schriftsteller pflegen fälschlich den Artikel einzufügen.

46) Zu Seite 23.

So Leonhard a. a. O. 433.

47) Zu Seite 23.

So Enneccerus a. a. O. 270, Anm. 1; Crome a. a. O. 347 u. a., die die absolute Unwirksamkeit für dasselbe halten, wie die Nichtigkeit, weil beide die gleichen Wirkungen nach sich ziehen. Auch Leonhards Begriffsbestimmung: „Nichtig ist das Rechtsgeschäft, welches endgültig unwirksam ist, obwohl es wirksam sein möchte," gibt den Unterschied zwischen Nichtigkeit und vollständiger Unwirksamkeit nicht genau wieder. Ganz dasselbe könnte man auch von dem vollständig unwirksamen Rechtsgeschäft sagen. Auch des weiteren hält sich Leonhard zunächst an ein ganz äußerliches Unterscheidungsmerkmal der Nichtigkeit gegenüber der Unwirksamkeit: Er hebt hervor, daß wohl nichtige, nicht aber bloß eigentlich unwirksame Rechtsgeschäfte umdeutungs- und bestätigungsfähig seien. Das ist zunächst nicht richtig, so weit die Nichtigkeit inbetracht kommt. Denn Rechtsgeschäfte, welche von der Rechtsordnung ihres Inhaltes wegen vernichtet werden,

z. B. das wucherische Rechtsgeschäft, können ebenfalls weder umgedeutet, noch bestätigt werden. Aber auch wenn Leonhards Unterscheidung sich als zutreffend erwiese, hätten wir doch damit nichts, als ein bloßes äußeres Kennzeichen gewonnen; der Begriff selbst bliebe uns dennoch unbekannt.

48) Zu Seite 23.

Bernhöft a. a. O. 390, spricht im Gegensatz zu den ‚Erfordernissen' von einem „rechtlichen Hindernis." M. W. alle übrigen gebrauchen den Ausdruck „Wirksamkeitserfordernisse." Doch hängt an dem Gegensatz zwischen Erfordernis und Hindernis ein gut Teil der begrifflichen Konstruktion der Unwirksamkeitsgründe, wie im Folgenden noch näher ausgeführt werden wird. Vergl. auch unten Anm. 88 (S. 68). Von „Hindernissen der regelmäßigen Wirkung eines Tatbestandes" sprechen übrigens auch Prot. I S. 259, Randbemerkung zu § 194.

49) Zu Seite 24.

Jacobi a. a. O. 56. Vergl. auch hier S. 20 und Anm. 32 (S. 12 f., 55).

50) Zu Seite 24.

Motive II 833.

51) Zu Seite 24.

Daß das endgültige Verbleiben der in Kenntnis der Nichtverbindlichkeit bewirkten Leistung bei dem Empfänger in der Tat nur eine Ausnahme bedeutet, welche höhere Rücksichten (Verkehrssicherheit, Schutz des guten Glaubens und dergl.) dem Gesetz abnötigen, geht aus § 817 I hervor. Sobald durch die Annahme der Leistung ein noch wichtigeres höheres Interesse (Beachtung des gesetzlichen Verbots, die guten Sitten und dergl.) verletzt werden, fällt für das Gesetz der Grund fort, das nichtige Rechtsgeschäft zu stützen, und es tritt die alte völlige Unwirksamkeit ein. Folgerichtig hingegen erklärt der erste Teil des

Satzes 2, daß, wenn sich eine Verletzung höherer Interessen infolge der nun einmal geschehenen Bewirkung der Leistung nicht mehr vermeiden läßt, das Gesetz keinen Anlaß zu irgend einer Tätigkeit hat, da ihr die beiderseitigen Verletzungen höherer Interessen beide gleicherweise zu Leide sind. Die äußerste und schärfste Folgerung in dieser Richtung zieht dann der Schlußsatz des § 817, in dem er mangels eines jetzt noch vorhandenen Interesses überhaupt jedes Tätigwerden in dieser Sache von sich weist.

52) Zu Seite 25.

Siehe Seite 27 f.

53) Zu Seite 26.

Die bisherigen Bearbeitungen freilich haben durchweg die im Texte abgelehnte Scheidung nach dem Umfange der Wirkungen der Wirksamkeitshindernisse gewählt. Nur die (anscheinend jüngste) Arbeit von Alexander macht in sofern eine Ausnahme, als dort innerhalb der absoluten und relativen Unwirksamkeit noch wiederum rechtliche und tatsächliche Unwirksamkeit unterschieden werden.

Die Ausdrücke rechtliche und tatsächliche Unwirksamkeit verwendet auch Monich a. a. O. 170. Aber er versteht darunter etwas anderes, als Alexander: „Die Unwirksamkeit von Erklärungen ist eine rechtliche, wenn sie auf einen Mangel der Erklärung (!), eine tatsächliche, wenn sie auf einer anderen Tatsache beruht. Je nachdem sie eine materiell und formell vorhandene ist, oder nur das erstere, ist sie eine vollkommene (Nichtigkeit) oder unvollkommene (Anfechtbarkeit). Beide sind denkbar als vollständige (absolute) oder unvollständige (relative), je nachdem sie als ursprüngliche oder nachfolgende, allseitige oder einseitige, gänzliche oder teilweise, für alle Fälle oder nur für bestimmte eintretende, unheilbare oder heilbare erscheint.“

54) Zu Seite 26.

Leonhard a. a. O. 435. Vergl. auch unten Anm. 63 (S. 63).

55) Zu Seite 26.

Die unzeitige Kündigung des Auftrags ist gültig und sogar wirksam, wenn sie auch schadenersatzpflichtig macht (B. G. B. § 671 II). Gültigkeit der Ehe ist die Folge der Nichterwähnung der §§ 1313 und 1315 in den §§ 1323—1335.

56) Zu Seite 28.

Es sei im Folgenden gestattet, auch eine Gesetzesbedingung der Kürze halber als Bedingung zu bezeichnen, obwohl keine Bedingung im juristischen Sinne vorliegt, weil hier nicht, wie bei den wahren Bedingungen, die Hinzufügung zum Inhalt des Rechtsgeschäftes hinzutritt.

57) Zu Seite 28.

So in den Fällen der §§ 388 (Aufrechnung), 925 II (Auflassung), 1950 2 (Annahme und Ausschlagung eines Teiles einer Erbschaft), 2180 II (Annahme und Ausschlagung eines Vermächtnisses), 2202 II (Annahme und Ablehnung des Amtes eines Testamentvollstreckers).

58) Zu Seite 28.

So in den Fällen der §§ 1317 I (Eheschließung), 1598 II (Anerkennung der Ehelichkeit), 1724 (Ehelichkeitserklärung), 1742 (Annahme an Kindesstatt), 1768 (deren Aufhebung), 1947 (Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft), 1950 1 (Annahme und Ausschlagung eines Teiles einer Erbschaft).

59) Zu Seite 28.

So auch Figge a. a. O. 31 und Markwald a. a. O. 43.

60) Zu Seite 28.

So z. B. Enneccerus a. a. O. 254, Crome a. a. O. 347, Endemann a. a. O. 366 Anm. 1, Fischer und Henle a. a. O. § 158, Ziffer 2, Planck bei § 1950, Ziffer 1. Freilich schränkt Planck a. a. O. I, S. 145 (Ziffer 1 am Ende) diese Meinung dahin ein, daß diese Fälle „wenigstens im praktischen Ergebnis den nichtigen gleich zu stellen" seien. Dagegen hält er I, S. 25, Ziffer 4, alle diese Rechtsgeschäfte anscheinend für eigentlich unwirksam und schließlich sagt er I, S. 204, Anm. 1 zum Titel 4: „Auch bei der letzteren Ausdrucksweise" (nämlich wenn gesagt wird, das Rechtsgeschäft könne nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung vorgenommen werden) „ist das der Vorschrift zuwider unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung vorgenommene Rechtsgeschäft unwirksam."

61) Zu Seite 29.

Mangels einer gesetzlichen Bestimmung für die bloß unwirksamen Rechtsgeschäfte. Der § 141 bezieht sich nur auf nichtige Verträge.

62) Zu Seite 29.

Markwald a. a. O. 46.

63) Zu Seite 29.

Leonhard a. a. O. 435. Vergl. auch oben Anm. 54 (S. 62).

64) Zu Seite 30.

Planck a. a. O. § 1253. Dernburg a. a. O. III 374.

65) Zu Seite 30.

Auch in diesem Falle also greift die Rechtsordnung nicht tiefer in die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ein, als es der Zweck ihres Eingreifens erfordert.

66) Zu Seite 30.

Monich a. a. O. 110. Vergl. auch oben S. 25 f. und Anm. 53, S. 61.

67) Zu Seite 30.

und alle Zwischenstufen von der völligen Unwirksamkeit bis zur völligen Wirksamkeit durchlaufen. Von begrifflicher Scheidung kann natürlich bei diesem ‚Mehr oder Weniger' an Unwirksamkeit, welches allein der Zweckmäßigkeit entspringt, nicht mehr die Rede sein.

68) Zu Seite 31.

Planck, § 344 Ziffer 1 am Ende, bestreitet anscheinend, daß diese Rechtsgeschäfte ‚unwirksam' sind, wie aus seinen Ausführungen entnommen werden kann, mit denen er die Hinzufügung des Abs. II zum § 1297 B. G. B. zu erklären versucht. Da diese Begründung, wie schon oben Anm. 41 (S. 57) ausführlich nachgewiesen ist, irrig ist, kann sich daraus auch eine etwaige weitere Folgerung nicht ergeben. S. o. Anm. 41 (S. 57).

69) Zu Seite 31.

‚Bedingung'! s. o. Anm. 56 (S. 62).

70) Zu Seite 31.

Markwald a. a. O. 37 ff. sieht in dem Tatbestande des § 2077 ein Rechtsgeschäft, dem durch eine stillschweigende auflösende Bedingung seines Urhebers die Wirksamkeit genommen ist. Das ist nicht richtig. Vielmehr fügt hier allein das Gesetz die Bedingung hinzu. Ohne diese ausdrückliche Hinzufügung des Gesetzes wäre die spätere, sogar offenbare Willensänderung, wenn sich dieser Wille nicht in vorschriftsmäßiger Form betätigt hat, rechtlich bedeutungslos, und in solchem Falle wäre das Vermächtnis voll wirksam. So z. B. wenn der Erblasser einen Freund bedacht hat, von dem ihn vor dem Erbfalle ein schweres

unheilbares Zerwürfnis trennt. Selbst wenn hier Äußerungen vorliegen, die den Willen des Erblassers, jenen zu enterben, sicher beweisen, bliebe ohne entsprechende Betätigung dieses Willens das Vermächtnis wirksam; denn das B. G. B. spricht nur von Ehegatten und Verlobten.

71) Zu Seite 32.

Dagegen Endemann a. a. O. III, 202. Anm. 18: „Der § 2077 spricht von ‚unwirksam'. Genauer wäre ‚nichtig'." Daß und inwiefern das falsch ist, ist schon mehrfach erörtert worden.

72) Zu Seite 32.

Und gewisse, ihm in der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit gleichstehende entmündigte Personen.

73) Zu Seite 32.

Dagegen ist ein vom falsus procurator vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft nichtig — mit ‚unzulässig' drückt das Gesetzbuch § 180 I dies aus. So auch Hölder I S. 379, Gareis S. 214. Andererseits ist das empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäft des nicht legitimierten Bevollmächtigten bei Zurückweisung durch den Anerklärten nur unwirksam. B. G. B. § 174. Das ist ein weiterer Hinweis, daß das Gesetz da, wo es ‚unwirksam' sagt, nicht nichtig, sondern eigentlich unwirksam meint und daß der dem Gesetz auch hier gemachte Vorwurf folgeunrichtiger Ausdrucksweise hier nicht am Platze ist. Indessen für Vorliegen der Nichtigkeit: Endemann a. a. O. 135, Eck a. a. O. 42, Planck a. a. O. 1, S. 145.

74) Zu Seite 34.

Der Unterschied zwischen Unwirksamkeit und Ungültigkeit gewinnt auch hier wieder bei einer Gelegenheit praktische Bedeutung: Während die Rückziehung bei bestätigten (d. h. neu

vorgenommenen) nichtigen Rechtsgeschäften ganz naturgemäß nur eine obligatorische Verpflichtung hervorbringt, ist diese Rückziehung nach § 884 dinglich gestaltet. Dies ist kein zufälliger Unterschied, sondern entspringt den Ursachen der Unwirksamkeit und der Ungültigkeit.

75) Zu Seite 34.

Er wird nicht gültig, wie Hölder § 108 Ziffer 1 sagt. Ebenso auch Enneccerus a. a. O. I 152, § 59 Anm. 1: „Die Gültigkeit hängt von dem Willen des gesetzlichen Vertreters ab."

Gültig ist und bleibt der Vertrag in jedem Falle, auch bei endgültiger Unwirksamkeit. Planck streift die Frage nicht; nach Gareis § 108 Ziffer 4 ist sie vom ersten Entwurf bejaht, vom Gesetz absichtlich offen gelassen. Die Protokolle I, 60 fügen aber ausdrücklich hinzu, daß die Entscheidung der Konstruktionsfrage zwar besser unterbliebe, indessen ohne daß dadurch die Entscheidung des Entwurfs I angefochten würde. Daß jedenfalls die Konstruktionsfrage im Sinne der Gültigkeit zu entscheiden ist, geht aus dem ganzen Standpunkt dieser Abhandlung hervor.

76) Zu Seite 34.

War die Genehmigung verweigert, so war der Vertrag von Anfang an unwirksam. Das Unwirksamwerden der Verweigerung bewirkt nunmehr das Entstehen einer Art von Schwebezustand, welcher zwar auch Unwirksamkeit ist, aber mit Aussicht auf Heilung.

77) Zu Seite 34.

Falls er nach § 109 gutgläubig war.

78) Zu Seite 35.

Völlig genau ist diese Ausdrucksweise nicht. In Wirklichkeit tritt das Wirksamkeitshindernis immer nur von außen her

an das Rechtsgeschäft heran. Doch kann dies erst später behandelt und erwiesen werden.

79) Zu Seite 35.

Zitelmann a. a. O. 102.

80) Zu Seite 35.

So Crome a. a. O. 1, 345 Anm. 1: „Nicht hierher gehören die Fälle, in denen das Ausbleiben der rechtsgeschäftlichen Wirkung auf dem Willen der Parteien selbst beruht, wie beim bedingten Geschäft, sofern die gesetzte Bedingung sich nicht erfüllt." Vergl. auch Leonhard a. a. O. 434.

81) Zu Seite 35.

Hölder a. a. O. S. 239, Ziffer 5 setzt mehrfach und ausdrücklich Geltung der Existenz des Rechtsgeschäfts und Geltung des Inhaltes desselben gleich. Das mag praktisch öfters auf dasselbe hinauslaufen, ein Konstruktionsfehler ist es deshalb doch. Vergl. auch Anmn. 20 (S. 52) und 83.

82) Zu Seite 37.

Denn als Rechtsgeschäfte sind sie zu betrachten.

83) Zu Seite 37.

So Hölder a. a. O. S. 273, Ziffer 4, welcher „von demjenigen Widerruf" spricht, „der nicht dessen Geltung als eine bereits eingetretene aufhebt, sondern es nicht zur Geltung gelangen läßt." (S. o. Anm. 20, S. 52). Dagegen Jacobi a. a. O. 83 Anm. 51 betont, „daß von Rücktritt nur bei unbedingt, wenigstens bedingt gültigen Verträgen die Rede sein kann." Ferner derselbe S. 85: „Der Widerruf setzt voraus, daß die Erklärung an sich gültig (verbindlich) war."

84) Zu Seite 37.

A. a. O. S. 143, Ziffer 3 am Ende. Planck, Gareis, Staudinger erwähnen hierüber nichts.

85) Zu Seite 37.

Der innere Kern des Unterschiedes zwischen Widerruf und Anfechtung liegt darin, daß die Anfechtbarkeit einem Mangel des Rechtsgeschäftes (sei es des Inhalts, sei es der Errichtung) entstammt, also innerhalb des Rechtsgeschäftes seinen Ursprung hat, während der Widerruf von außerhalb des Rechtsgeschäftes herkommt. Daher kann der Widerruf im Gegensatze zur Anfechtung auch nur die Wirksamkeit, nie aber die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes beeinflussen.

86) Zu Seite 37.

So die Motive von der Anfechtbarkeit (S. 16).

87) Zu Seite 38.

Diesen Ausdruck gebraucht Oertmann a. a. O. § 531, Ziffer 1.

88) Zu Seite 38.

Zugleich erweist dieser Fall auf das Deutlichste, daß es zweckmäßiger ist, die Schwäche unwirksamer Rechtsgeschäfte in positiver Konstruktion als Wirksamkeitshindernis zu gestalten, statt negativ als Wirksamkeitserfordernis. Das Hindernis wird aus dem Wege geräumt — die Wirksamkeit setzt ihren Weg weiter fort. Vom Standpunkt des Wirksamkeitserfordernisses aus müßte man sagen: Zur Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung ist mitunter das Hinzutreten eines widerrufenen Widerrufs erforderlich.

89) Zu Seite 38.

Zustimmend auch Motive I 158, welche nur von Schritten des Erklärenden reden, durch welche dieser „dem Eintritt der Wirksamkeit vorzubeugen" imstande ist. Daß das Gesetz in der Tat auf dem im Texte vertretenen Standpunkt steht, beweist die Geschichte der Vorschrift: Der erste Entwurf, welcher Gültigkeit und Wirksamkeit vielfach noch nicht schied, wie schon öfters

betont ist, sagt § 74: II Die Willenserklärung gilt als nicht erfolgt, wenn eine den Widerruf enthaltende Erklärung ..... zur Wirksamkeit gelangt. Der zweite Entwurf in § 107 I, 2 entspricht dagegen inhaltlich der eigentlichen Absicht der Motive und auch im Wortlaut dem § 130 B. G. B. Vergl. auch Prot. der II. Kommission 69/70.

90) Zu Seite 39.

In diesem Sinne Planck S. 126 ff. Schollmeyer a. a. O. S. 254 ff., Endemann a. a. O. 846 ff., 851 Anm. 27.

91) Zu Seite 39.

Ähnlich Planck bei Gelegenheit der relativen Veräußerungsverbote a. a. O. § 135 Ziffer 2: „Für dingliche Rechte ist das Veräußerungsverbot überhaupt von geringer praktischer Bedeutung. Seine Hauptbedeutung liegt in dem Schutze obligatorischer Ansprüche." Das kann von allen hier in Betracht kommenden Vorschriften gelten.

92) Zu Seite 39.

Daß dieses Eingriffsrecht nichts mit der Anfechtung zu tun hat, bedarf keiner näheren Erläuterung.

93) Zu Seite 40.

Hiervon ist die Frage zu trennen, ob die Unwirksamkeit dinglich oder nur obligatorisch wirkt. Diese Frage ist nach den Motiven I, 212 ff. und den Prot. I, 124 f. im Sinne der stärkeren, dinglichen Wirkung zu entscheiden.

94) Zu Seite 40.

Die Ansichten in der Litteratur widersprechen sich gegenseitig auf das entschiedenste: Die im Texte vertretene Anschauung

teilen u. a. Endemann I, 545, wo er von Geltendmachung der Unwirksamkeit durch den Verletzten spricht und noch entschiedener a. a. O. 546, Anm. 44. Freilich sagt derselbe S. 370, Anm. 22: „Die relative Unwirksamkeit tritt kraft des Gesetzes ein, einer Anfechtung (!) bedarf es nicht." Auch Hölder, der diesmal übrigens, abweichend von seiner sonstigen Stellung, betont, daß „diese ‚Ungültigkeit' nicht unter den Begriff Nichtigkeit fällt," verlangt anscheinend ebenfalls eine Tätigkeit des Verletzten. Insbesondere Staudinger a. a. O. § 135, Ziffer 3a: „Die Unwirksamkeit wird nicht von Amtswegen berücksichtigt, sondern nur, wenn sie von der Person geltend gemacht wird, zu deren Gunsten das Verbot besteht." Den gleichen Standpunkt scheint auch Neumann, das B. G. B., S. 69/70 zu vertreten, vergl. insbesondere daselbst § 136, Ziffer 2.

Dagegen: Crome a. a. O. S. 372, Anm. 5, welcher ein solches Rechtsgeschäft als zunächst unwirksam betrachtet bis zur Genehmigung seitens des Geschützten. Auch Bernhöft a. a. O. 930 spricht von relativer Unwirksamkeit. Planck fordert ebenfalls § 135 Ziffer 2, da er die Selbsttätigkeit des Gesetzes für das grundsätzliche hält, nur bei ausnahmsweiser, ausdrücklicher Festsetzung eine Handlung des Verletzten zur Wahrung seines Rechtes.

95) Zu Seite 41.

Vergl. Staudinger a. a. O. § 135, Ziffer 5, zweiter Abschnitt: „Die aus relativen Veräußerungsverboten herrührenden Ansprüche verlöschen durch Verjährung."

96) Zu Seite 41.

Es soll nicht weiter darauf eingegangen werden, daß sich aus der Verschiedenheit dieser begrifflichen Konstruktion die mannigfachsten und bedeutsamsten Verschiedenheiten materieller und prozessualischer Art ergeben. Bedeutsam wird auch die Verschiedenheit der Ersitzungs- und der Verjährungsfrist.

97) Zu Seite 41.

Vielfach wird betont, daß der Richter den § 226 von Amtswegen zu berücksichtigen habe, also mehr als eine ‚bloße Einrede' vorliege. Aber damit ist noch nicht gesagt, daß die Rechtsausübung dann von selbst unwirksam sei. Denn auch der Richter kann den § 226 nur berücksichtigen, wenn seine Entscheidung gegen die betreffende Verfügung überhaupt begehrt wird. Dann freilich kommt es nicht darauf an, aus welchem Grunde sie begehrt wird, d. h. es ist gleichgültig, ob der Kläger gerade aus diesem Grunde die Unwirksamkeit der Rechtsausübung durch den Gegner begehrt. Volenti non fit injuria; wenn sich der, welchem gegenüber ein Recht chikanös ausgeübt ist, dies ohne Gegenwehr gefallen läßt, so ist die Rechtsausübung eben wirksam. Es liegt mithin nicht ein Eingriff des Gesetzes, sondern eines Dritten vor.

98) Zu Seite 41.

Denn die Vorschrift des § 139 über teilweise Nichtigkeit ist offenbar auf die teilweise unwirksamen Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden. Vergl. auch § 2085 und die Ausführungen zu diesem (S. 20 f.).

99) Zu Seite 42.

Planck a. a. O. § 35. Es bleibt dem Dritten dabei überlassen, seinen Anspruch selber geltend zu machen und durchzusetzen.

100) Zu Seite 42.

Auch hier spricht Hölder a. a. O. § 35, Ziffer 2, wieder von fehlender Gültigkeit. Aber auch Endemann a. a. O. I, 195 Anm. 9, spricht von Nichtigkeit und zwar unter Berufung auf Prot. I, 537. Aber dies beruht auf einem offenbaren Irrtum Endemanns. Die angezogene Stelle der Protokolle handelt garnicht von Sonderrechten der Mitglieder, sondern von ver-

fassungswidrigen Beschlüssen der Mitgliederversammlung. Die Sonderrechte werden auf S. 531 erörtert, und erst hiernach ist die Einfügung des § 35 beschlossen worden, sodaß sich Endemann auch hierauf nicht stützen kann, zumal etwas näheres zur Sache nicht angegeben ist.

101) Zu Seite 42.

Oertmann a. a. O. § 506.

102) Zu Seite 42.

Denn dem einseitigen Rechtsgeschäfte des Rücktritts oder der Kündigung gegenüber ist der andere ein außerhalb dieses Rechtsgeschäfts Stehender.

103) Zu Seite 43.

Vergl. auch die eingehenden Untersuchungen von Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G. B.; und besonders von Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, beide in Fischers Abhandlungen, Band VII.

104) Zu Seite 43.

Zu den Fällen unter C gehört auch Abs. I des § 319. Hier ist ein Eingriff eines Dritten in das Rechtsgeschäft der Bestimmung des Leistungsinhalts durch den Dritten vorhanden. „Offenbare Unbilligkeit bildet den ‚Anfechtungsgrund'." Schollmeyer a. a. O. S. 184.

105) Zu Seite 43.

Vergl. Schollmeyer a. a. O. § 139, Ziffer 2 am Ende.

106) Zu Seite 45.

Vielleicht empfiehlt es sich so zu unterscheiden, daß man die allgemein unwirksamen Rechtsgeschäfte ‚kraftlos' nennt und den

Ausdruck ‚unwirksam' den eigentlichen Unwirksamkeitsfällen vorbehält.

107) Zu Seite 46.

Markwald a. a. O. 43 ist freilich anderer Meinung. Aber die Folgen solcher Abwechselung sind weniger ergötzlich.

108) Zu Seite 46.

So Mitteis a. a. O. 87. Gegen ihn mit großer Schärfe, aber auch mit vollem Rechte, Jacobi a. a. O. 109 f.

Literatur-Verzeichnis.

1. Figge, Der Begriff der Unwirksamkeit. Rostock, Dissert. 1902.
2. Markwald, Der Begriff der Unwirksamkeit. Rostock, Dissert. 1903.
3. K. Alexander, Der Begriff der Unwirksamkeit. Berlin 1903.
4. Jacobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Arch. f. d. c. Pr. Bd. 86.
5. Hellmann, Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Arch. f. d. c. Pr. Bd. 90.
6. Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. 1887.
7. Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte.
8. Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft.
9. Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts.
10. Mitteis, Zur Lehre von der Ungültigkeit. Iherings Jahrb. Bd. 28.
11. Schloßmann, Lehre von Zwang.
12. Schloßmann, Der Vertrag.
13. Becker, System und Sprache des Entwurfs eines B. G. B. f. d. D. R. 1888.
14. Erler, Die Sprache des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
15. Hellmann, Zur Lehre von der Willensäußerung. Iherings Jahrbücher. Bd. 42.
16. Bruck, Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte.
17. Steger, Die Anfechtbarkeit nach dem B. G. B. Leipzig, Dissert. 1902.

18. Karl Meyer, Fragen aus dem Anfechtungsrecht. Blätter f. Rechtsanwendung. Bd. 65.
19. Schlottmann, Die Anfechtbarkeit nach röm. und gem. Recht. Erlangen, Dissert. 1901.
20. Priehm, Gibt es eine Mittelstufe zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Erlangen, Dissert. 1899.
21. Christians, Über die sogenannte relative Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. Erlangen, Dissert. 1899.
22. Festgabe für R. Wilke, 1900. D. Rechtsanw. d. Kammergerichts.
23. L. Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsgebot.
24. J. Wurzel, Die Rechtswirkung der Zuwiderhandlung gegen Veräußerungsverbote.
25. F. Endemann, Die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze.
26. Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl.
27. Dernburg, Pandekten.
28. Pernice, Labeo 1873.
29. Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
30. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B.
31. Kuhlenbeck, Rechtsgeschäfte gegen gesetzl. Verbot. Jurist. Wochenschrift. Bd. 25. S. 263—270.
32. Bernhöft, bei Birkmeyer, Das bürgerliche Recht.
33. Hachenburg, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch.
34. Hellmann, Vorträge über das B. G. B.
35. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2.
36. Eck, Vorträge über den Entwurf eines B. G. B. Allg. Teil.
37. Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I.
38. Leonhard, Der allgemeine Teil des B. G. B.
39. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.
40. v. d. Pfordten, Das neue deutsche Zivilrecht.
41. Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. Auflage.
42. Dernburg, Das Bügerliche Recht. 1. Auflage.
43. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. 2. Auflage.
44. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Auflage.

45. Crome, Das Bürgerliche Recht.
46. Matthiaß, Das Bürgerliche Recht.
47. B. G. B. Handausgabe von Hugo Neumann.
48. B. G. B. Handausgabe von Fischer und Henle.
49. Rehbein, Das B. G. B. mit Anmerkungen.
50. Haidlen, Kommentar zum B. G. B.
51. Hölder, u. a., Kommentar zum B. G. B.
52. Biermann, u. a., Kommentar zum B. G. B.
53. Planck, u. a., Kommentar zum B. G. B.
54. Staudinger, u. a., Kommentar zum B. G. B
55. Bernhardi, Handwörterbuch zum B. G. B.
56. Gradenwitz, Wortverzeichnis zum B. G. B.